Die wissentlich an den unberechtigten Vorzeiger eines Inhaberpapiers bewirkte Leistung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Walter Gebhardt

Referendar beim Kgl. Amtsgericht in Königshütte.

Kattowitz.

Druck von Gebrüder Böhm.

1913.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543108_0068

Literatur-Verzeichnis.

Achilles: Preußisches Gesetz über Grundeigentum und Hypothekenrecht. 3. Aufl. 1876.

Affolter: Zur Theorie des Inhaberpapiers und Wechsels in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 37. Stuttgart. 1890.

v. Bülow: Abhandlungen über die einzelnen Materien des römischen bürgerlichen Rechtes. I. Teil. 1817.

Bähr: Gegenentwurf zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1892.

Beckh: Die Beweislast, Preisschrift der Münchener Juristenfak. 1899.

Bekker: Die Geldpapiere in den Jahrbüchern des gemeinen Rechts. B. I.

Bernhöft: Das bürgerliche Recht in Birkmeyers Encyklopädie. 2. Aufl. 1904.

Blätter für Rechtsanwendung, herausgegeben von Staudinger. Bd. 63/64.

Burchard: Die Schuldverschreibung auf den Inhaber und die Anweisung des B.G.B. 1906.

Buchka: Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des gemeinen Rechts. 2. Aufl. 1898.

Carlin: Zur rechtlichen Natur der Wertpapiere in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 36.

Cordes: Begriff und Arten der Wertpapiere mit besonderer Berücksichtigung des B.G.B. 1898.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 3. Aufl. 1901.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1902.

Crome: Der Anspruch aus unerlaubten Handlungen in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestande in der D.J.Z. 1904. Nr. 1.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. II, 1. 4. Aufl. 1909.

Detmold: Der Begriff des Schutzgesetzes im § 823 des B.G.B. in der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Regelsberger. 1901.

Deutsche Juristenzeitung. Herausgegeben von Laband. 1903 und 1904.

Dresdener Entwurf des B.G.B.

Eichhorn: Einleitung in das deutsche Privatrecht. 5. Aufl. 1845.

Einert: Über das Wesen und die Form des Literalkontraktes. 1852.

Eitel: Beiträge zur Lehre von den Inhaberpapieren. 1907.
Elzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. 1903.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 8. Aufl. 1903.
Endemann: Das deutsche Handelsrecht. Systematisch dargestellt. 1868.
Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands. 1903.
Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht. Bd. I. 1900.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 9, 48, 51, 55, 56, 57, 58, 62, 63.
Fellner: Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. 1888.
Fischer, O. Chr.: Die Verletzung des Gläubigerrechts aus unerlaubter Handlung nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich. 1905.
Fischer, O.: Sein und Schein im Rechtsleben in der Internationalen Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik vom 13. November 1909.
Fischer-Henle: Kommentar zum B.G.B. 1902.
Förster: Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts. Bd. I.
Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. I und II. 1905.
Gierke: Besprechung von Endemanns Handbuch in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 29.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I, 2. Aufl. 1903.
Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 28, 36.
v. Gönner: Von den Staatsschulden. 1. Abt. 1826.
Hanke: Rechtsfolgen einer wissentlich an den unberechtigten Inhaber eines Inhaberpapiers gemachten Leistung. Diss. Breslau-Neiße. 1912.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 5. 1900.
Heusler: Deutsches Privatrecht. Bd. II.
Jacobi: Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 8. 1901.
Jacobi: Das Wertpapier als Legitimationsmittel. Ebenda. Bd. 14, Heft 1. München. 1906.
Jacobi: Die Theorie der Willenserklärung. Ebenda. Bd. 20, Heft 2. München. 1910.
Jacoby: Der Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich in Hirth und Seydel, Annalen des Deutschen Reiches. 1888.
Ihering: in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. I.
Jolly: in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. II.
Koban: Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht. Innsbruck. 1909.
Krückmann: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre in Iherings Jahrbüchern. Bd. 57. Jena. 1910.
Kuhlenbeck: Das B.G.B. für das Deutsche Reich. Bd. I., 1 Aufl. 1899.
Kuntze: Die Lehre von den Inhaberpapieren. 1857.

Kuntze: in Endemanns Handbuch des Handelsrechts. Bd. 4. 1882.
Landsberg: Eine Frage aus der Lehre der Skripturobligationen. Berlin. 1891.
Lehmann: Zur Theorie der Wertpapiere. 1890.
Leske: Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des preußischen Allgemeinen Landrechts. 1. Hälfte. 1./2. Aufl. 1900.
Linde: Beiträge zur rechtlichen Beurteilung des Verkehrs mit Staatspapieren in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Gießen. 1830.
Linkelmann: Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. 1898.
v. Liszt: Die Deliktsobligation im System des B.G.B. 1898.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 4. Aufl. 1900.
Meilhaus: Der Eigentumserwerb nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche, Art. 306/07 und nach dem B.G.B. §§ 932/936. 1899.
Meissner: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1898.
Meyer, H.: Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 18, Heft 2. München. 1909.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. II. 1888.
Mugdan-Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. II. 1901.
Naendrup: Rechtsscheinsforschungen. Heft I. Münster. 1910.
Neumann: Handausgabe des B.G.B. 4. Aufl. 1905.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Oertmann: Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten. In der Festgabe für Heinrich Dernburg. 1900.
Oertmann: Sittenwidrige Handlungen (Bemerkungen zu § 826 B.G.B.) in der D.J.Z. Jahrg. 1903, S. 325 ff.
Pappenheim: Begriff und Arten der Papiere auf den Inhaber im Sinne des Art. 307 des deutschen H.G.B. 1881.
Peters: Die Klagenkonkurrenz.
Pitsch: Die Rechtsnatur des Inhaberpapieres. 1906.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I und II, 3. Aufl. 1907.
Planck: Zur Auslegung und Anwendung des § 826 B.G.B. in der deutschen Juristenzeitung. Jahrg. 1907, Heft I.
Protokolle der Kommssion für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II und VI.
Rechnitz: Anweisung und Inhaberpapiere in ihren Wirkungen. 1906.
Renaud: Beiträge zur Theorie der Obligationen auf den Inhaber. In der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. 14.
Riezler: Der Betrüger als Präsentant des Inhaberpapieres in Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 71.
Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch.
v. Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Bd. II. 1853.
Scherer: Das Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. 1899.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B. 1897.
Schoppe: Anfechtung einer Inhaberschuldverschreibung und deren Wirkung gegenüber dem Inhaber. Guhrau. 1910.
Schumm: Die Amortisation verlorener oder sonstwie abhanden gekommener Schuldurkunden. 1830.
Schweizer Obligationenrecht.
Schweppe: Das römische Privatrecht. 1831.
Siegel: Das einseitige Versprechen als Verpflichtungsgrund. 1873.
Souchay: Über die Natur der auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 10.
Stammler: Recht der Schuldverhältnisse, allgemeine Lehren. 1897.
Staub: Kommentar zum B.G.B. II. Bd. 6/7. Aufl. 1900.
Staudinger: Kommentar zum B.G.B. Bd. I und II, 3./4. Aufl. 1908.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. III, 1. Aufl. 1878.
Striethorst: Archiv für Rechtsfälle. Bd. 65.
Strohal: Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse in Iherings Jahrbüchern. Bd. 33.
Thöl: Das Handelsrecht. Bd. II, Aufl. 6. 1899.
Unger: Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. 1857.
Walter: System des Privatrechts.
de Weerth: Die Inhaberpapiere und der Entwurf des B.G.B. 1888.
Wellspacher: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht. Wien. 1906.
Weinberg: Vergleich zwischen den aus einem Inhaberpapier und einer Anweisung nach B.G.B. entstehenden Rechtswirkungen. 1905.
Züricher Gesetzbuch.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines B.G.B. im Reichsjustizamt. Bd. I, II, V. und VI. 1890.

Inhalts-Verzeichnis.

Vorbemerkung 1

§ 1. **I. Einleitung** 2

II. Die Haftung des Ausstellers aus dem Inhaberpapier.

A. Die rechtliche Stellung des Inhabers.

§ 2. Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. Verhältnis zwischen Papier und Forderung 3

§ 3. Entstehung der Verpflichtung aus dem Inhaberpapier 7

§ 4. Wer ist Gläubiger aus dem Papier? 11

B. Rechte und Pflichten des Ausstellers.

§ 5. Rechtsfolge der wissentlichen Leistung an den unberechtigten Vorzeiger des Papiers 20

§ 6. Erwerb des Eigentums an der Urkunde durch den Aussteller nach bewirkter Leistung 29

III. Die Möglichkeit einer Schadensersatzpflicht des Ausstellers gegenüber dem Gläubiger aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen.

§ 7. Haftung aus § 823 B.G.B. 31

§ 8. Haftung aus § 826 B.G.B. 34

IV. Schluß.

§ 9. Die „Anspruchskonkurrenz“ 39

Vorbemerkung.

Als die vorliegende Arbeit bereits fertiggestellt war, erschien Hanke, Rechtsfolgen einer wissentlich an den unberechtigten Inhaber eines Inhaberpapiers gemachten Leistung (Dissertation Breslau-Neisse 1912). Es erschien daher notwendig, in einzelnen Punkten zu diesem Werke Stellung zu nehmen, wenn auch im wesentlichen die Arbeit von den Ausführungen Hankes nicht beeinflußt werden konnte, da die vorliegende Arbeit sich nur mit der angegebenen Streitfrage im allgemeinen, nicht aber insoweit beschäftigt, als sie auf die einzelnen Arten der Inhaberpapiere Bezug hat.

D. V.

I. Einleitung.

§ 1.

Die Rechtsfolge einer Leistung des Schuldners ist regelmäßig Erlöschen des Schuldverhältnisses und Befreiung des Schuldners von der ihm obliegenden Verpflichtung. Diese Rechtsfolge tritt aber nur dann ein, wenn der Schuldner seine Leistung in der gehörigen Weise bewirkt hat. Weist sie Mängel auf, ist sie insbesondere nicht an den Gläubiger oder an denjenigen bewirkt, den der Gläubiger zur Entgegennahme der Leistung ermächtigt hat, so bleibt der Schuldner weiter aus der Obligation verpflichtet und muß die Leistung noch einmal bewirken oder dem Gläubiger den ihm aus der unvorschriftsmäßigen Leistung entstandenen Schaden ersetzen.

Bei der eigenartigen Natur der Inhaberpapiere läßt sich die Frage, welche Rechtswirkung nach heutigem bürgerlichen Recht die Leistung an den Inhaber hat, trotzdem der Aussteller den Mangel seines Verfügungsrechtes kannte, erschöpfend nicht behandeln, ohne daß man zuvor die rechtliche Stellung des Inhabers einer eingehenderen Betrachtung unterzieht. Denn sie steht in enger Beziehung zu jener umfassenderen Frage, welche rechtlichen Wirkungen die in der Innehabung des Papiers liegende Legitimation hat.

Es wird daher notwendig sein, zunächst auf die rechtliche Natur der Inhaberpapiere sowie auf das Verhältnis zwischen Papier und Forderung und zwischen Aussteller und Inhaber näher einzugehen, um schließlich zu der Frage einer Befreiung und einer Schadensersatzpflicht des Ausstellers bei wissentlicher Leistung an den unberechtigten Vorzeiger eines Inhaberpapiers zu gelangen.

II. Die Haftung des Ausstellers aus dem Inhaberpapier.

A. Die rechtliche Stellung des Inhabers.

§ 2.

Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. Verhältnis zwischen Papier und Forderung.

Die eigenartige Natur der Inhaberpapiere hat über das Verhältnis zwischen Papier und Forderung einen heftigen Streit entstehen lassen, der seine Ursache darin hat, daß zwei Elemente im Inhaberpapier vereinigt sind: ein sachenrechtliches und ein obligatorisches; das obligatorische, das ist die Leistung, zu der sich der Aussteller verpflichtet hat, das sachenrechtliche, das ist das Papier, an dessen Innehabung die Berechtigung zur Leistungsforderung geknüpft ist.

Die eine Theorie legt alles Gewicht auf das sachenrechtliche Element. Sie sieht in dem Inhaberpapier eine Art Papiergeld.[1]) Diese Theorie hat mit Recht in der Literatur keine Anerkennung gefunden, denn das Inhaberpapier hat nicht die Eigenschaften des Geldes, so hat es z. B. keinen Zwangskurs, ist auch kein allgemeiner Wertmesser.[2])

Andere, so vor allem Affolter,[3]) vertreten den Standpunkt, der Aussteller verpflichte sich durch die Ausstellung der Inhaber-Schuldverschreibung nicht zur Zahlung, sondern die Verpflichtung bestehe darin, das ausgestellte Inhaberpapier zu einem bestimmten Preis zurückzukaufen.

---

[1]) Souchay, Archiv für ziv. Praxis. X. S. 152; Einert, Literalkontrakt. S. 77 ff.

[2]) Schoppe, Anfechtung. S. 7.

[3]) Affolter, Zu Theorie des Inhaberpapiers und Wechsels in Goldtschmidts Zeitschrift. Bd. 36, S. 469 ff.

Die Anhänger dieser „Warentheorie" folgern so: Berechtigt aus dem Inhaberpapier ist grundsätzlich nur der Eigentümer, der Vertrag zwischen dem Aussteller und dem ersten Nehmer, sowie zwischen dem Inhaber und späteren Nehmern muß also naturgemäß ein auf die Eigentumsübertragung an dem Papier gerichtetes Rechtsgeschäft sein. Und das regelmäßige Geschäft, durch das Eigentum übertragen wird, ist der Kauf. Demnach muß auch hier ein Umsatz von Ware und Geld stattfinden und das ist dadurch möglich, daß das Inhaberpapier sowohl vom Käufer (Nehmer oder späteren Nehmer) als auch vom Verkäufer (Aussteller oder Nehmer) als Ware angesehen wird. Und zur Ware wird das an sich wertlose Papier mit der Verpflichtung, die der Aussteller durch die Ausstellung des Papiers übernimmt, nämlich der Verpflichtung, das Papier zu einem bestimmten Preise zurückzukaufen. In Wirklichkeit findet auch zwischen den Kontrahenten nichts anderes als ein Kauf bezw. Verkauf statt, wodurch der Vermögensstand der Parteien unverändert bleibt, da das Minus — die Zahlung des Kaufpreises — durch das Plus — das Papier als gleichwertige Ware — gedeckt wird.

Der künstliche Aufbau dieser Konstruktion spricht für ihre Unhaltbarkeit, trotzdem möchten wir nicht verfehlen, die hauptsächlichsten Bedenken dagegen geltend zu machen.

Darin hat die „Warentheorie" zweifellos Recht, daß im gewöhnlichen Verkehr Inhaber-Schuldverschreibungen „gekauft" und „verkauft" werden. Man bedient sich eben dieser Ausdrücke, weil man für den Übergang der Forderung und des Eigentums an der Inhaber-Schuldverschreibung keinen besonderen Ausdruck hat und die Abwickelung des Geschäftes der des Warenkaufes sehr ähnlich ist. Es erscheint aber sehr gewagt, aus einer solchen Äußerlichkeit die Grundlage einer Theorie herzuleiten. Denn tatsächlich wird im täglichen Verkehr der Inhaber einer Inhaber-Schuldverschreibung garnicht daran denken, als Verkäufer auftreten zu wollen, der den Aussteller zwingen kann, das Papier zu dem von ihm versprochenen Preise zurückzukaufen. Nicht Verkäufer, sondern Gläubiger ist er, und ebenso ist der Aussteller nicht Käufer sondern Schuldner. Denn der Inhaber will ja nicht einen Kaufpreis haben, er will das Forderungsrecht geltend machen, das durch die Urkunde repräsentiert wird.[1]) Denn „mit dem-

[1]) Linde, Beiträge zur rechtlichen Beurteilung des Verkehrs mit Staatspapieren in Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Bd. 3, S. 18, 19.

selben Recht, womit der Inhaber des Papiers für dasselbe den Charakter einer Ware mit den daraus folgenden Folgesätzen in Anspruch nähme, würde auch der Schuldner den Inhaber als Verkäufer behandeln und den Ankauf ablehnen dürfen.“ [1]) Schon diese Konsequenz zeigt, wie sehr die „Warentheorie“ das Wesen der Inhaber-Schuldverschreibung verkennt.

Als ferneres Argument gegen diese Theorie führt noch Lehmann [2]) die Amortisation ins Feld. Er sagt: „Ginge die Verpflichtung des Ausstellers nicht auf Zahlung sondern auf Rückkauf des von ihm ausgestellten Wertpapiers, so würde ein Fortbestehen seiner Verpflichtung nach Untergang und Amortisation des Papiers unmöglich sein. Der Fortfall des in Aussicht genommenen Kaufobjekts macht den Kauf dieses Objekts schlechthin unmöglich, muß folglich die Verpflichtung, es zu kaufen, aufheben.“

Es sei noch der Umstand erwähnt, daß das Gesetz für die Inhaber-Schuldverschreibung besondere vom Kauf zum Teil sehr wesentlich abweichende Normen aufgestellt hat. Hätte die „Warentheorie“ Berechtigung, so hätte auch das Gesetz — wie es sonst geschieht — die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden lassen und die Besonderheiten in die Form von Sondervorschriften kleiden können. [3])

Gönner u. a. [4]) stellen wiederum das obligatorische Moment in den Vordergrund ohne daß das sachenrechtliche berücksichtigt wird. Hier erlangt das Inhaberpapier lediglich die Bedeutung einer Beweisurkunde für eine unabhängig von dieser bestehende Forderung. Auch diese Auffassung dürfte nicht richtig sein, da sie verschiedenen Fragen, z. B. bezüglich der Möglichkeit, durch Präsentation des Papieres die Forderung geltend zu machen, bezüglich der Einwendungen aus der Person der Vormänner usw. nicht Rechnung trägt.

---

[1]) Linde, a. a. O.

[2]) Lehmann, Theorie der Wertpapiere, S. 32.

[3]) In ähnlicher Weise lehnt die Warentheorie ab: Hanke, a. a. O S. 5 ff.

[4]) Gönner, Staatsschulden. S. 234; Schumm, Die Amortisation, S. 53; v. Bülow, Abhandl. röm. Bürgerl. Rechts, S. 343; Thöl, Handelsrecht, S. 674; Renaud, Beiträge, S. 329; Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, S. 502; Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, S. 85.

Das heutige Recht dagegen basiert auf der zuerst von Savigny[1]) und Kuntze verteidigten Ansicht, daß die Forderung in der Urkunde „verkörpert" ist,[2]) daß das Papier als körperliche und das Recht als unkörperliche Sache wesensverschieden seien und blieben, im Bereiche ihrer Verbindung jedoch ein einheitliches Rechtsgebilde darstellten, das seiner äußeren Seite nach durch das in ihm zum Ausdruck kommende Recht bestimmt werde.[3])

Diese engen Beziehungen zwischen Papier und Forderung zeigen sich schon darin, daß das Gesetz die Möglichkeit der Verwertung des Rechts aus dem Papier unbedingt von der tatsächlichen Innehabung des Papiers abhängig macht. Nur wer nach sachenrechtlichen Grundsätzen das Eigentum an der Urkunde erlangt, ist berechtigt, das in ihr verbriefte Recht zu verwirklichen. Das Recht aus dem Papier folgt also dem Recht am Papier.[4]) Auch bei der Präsentation des Papiers sieht man, wie abhängig Papier und Forderung von einander sind. Denn einerseits kann der Berechtigte die Leistung nur verlangen, wenn er das Papier vorzeigt; denn nur dann hat sich ja der Aussteller zur Leistung verpflichtet; andererseits braucht der Aussteller die Leistung nur Zug um Zug gegen Aushändigung des Papiers zu bewirken (§ 797 B.G.B.), denn er will ja in dem Augenblick, wo die Forderung erlischt, auch das Eigentum an der Urkunde erwerben und er erwirbt es nach § 797 auch.

Allzu eng faßt Pappenheim diese „Verkörperung" auf, der mit ihr die Vorstellung verbindet, das Recht aus dem Papier sei bei den skripturmäßigen Wertpapieren an die tatsächlichen und die Rechtsschicksale des Papiers unweigerlich geknüpft.[5]) Er meint, bei den schriftmäßigen Wertpapieren könne das Recht aus dem Papier nicht außerhalb der Urkunde bestehen, nicht ohne das Papier fortbestehen, nicht ohne die Urkunde entstehen und nicht ohne das Papier untergehen. Er führt aus:

> „Der Satz, daß der Wechseleigentümer als solcher Wechselgläubiger ist, duldet keine Ausnahme."[6])

---

[1]) Savigny, Obligation II, § 66 Not. a; Kuntze, Inhaberpapiere, S. 267.
[2]) Savigny, a. a. O.
[3]) Gierke, Privatrecht. S. 107.
[4]) Hanke, a. a. O. S. 8.
[5]) Pappenheim in der kritischen Vierteljahrsschrift. Bd. 44, S. 344 ff.
[6]) Pappenheim, a. a. O. S. 349.

Mit dem vorstehend Gesagten wäre die Ablehnung der von Ihering begründeten und dann besonders auch von Goldschmidt [1]) vertretenen Pendenz- oder Präsentationstheorie ausgesprochen, welche schon aus dem heute unbestrittenen und deshalb bisher im Texte stillschweigend zum Ausdruck gebrachten Umstand unhaltbar erscheint, daß mit dem Papier wirklich vorhandene Forderungen, nicht bloße Expektanzen verknüpft sind,[2]) daß die Forderung nicht erst im Moment der Präsentation des Papiers entsteht, sondern schon vorher existent ist. Ebenso ist nach dem oben gesagten Bekkers [3]) Personifikationstheorie zu verwerfen, welche das Papier selbst zum Gläubiger macht und seinen Inhaber nur gewissermaßen als Vertreter des Papiers gelten lassen will.

§ 3.

Entstehung der Verpflichtung aus dem Inhaberpapier.

In der Literatur herrscht großer Streit über die Frage, wie die Verpflichtung des Ausstellers aus dem Inhaberpapier zur Entstehung gelangt.

Es sind unzählige Versuche gemacht worden, Konstruktionen in dieser Frage aufzustellen; hauptsächlich drehte sich aber der Streit darum, ob die Verpflichtung aus einem einseitigen oder zweiseitigen Rechtsgeschäft entsteht.

Die von Kuntze begründete Kreationstheorie sieht allein durch den einseitigen Akt des Schreibens die Verpflichtung aus dem Inhaberpapiere für begründet an. Weiter geht die Emissionstheorie,[4]) die außer dem Schreiben noch das bewußte Weitergehen des Papiers fordert. Die dritte Theorie — die Vertragstheorie [5]) — läßt die Verpflichtung des Ausstellers erst dann entstehen, wenn durch Schreiben, Geben und Nehmen ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, ein Vertrag, zustande gekommen ist.

Von vornherein scheidet für das Recht des B.G.B. die Emissions-

---

[1]) Goldschmidt, Ztschrift für gesamtes Handelsrecht. Bd. 28, S. 65.

[2]) Goldschmidt, ebenda. Bd. 28, S. 64.

[3]) Bekker in dem Jahrbuch für das gemeine deutsche Recht. Bd. I, S. 288 ff.; schon vorher Schweppe, Privatrecht.

[4]) Hauptsächlich vertreten von Stobbe.

[5]) Anhänger: Goldschmidt, Brunner, Gareis, Gierke, Cordes, Jacobi, Meyer.

Theorie aus, die es streitig sein läßt, ob der Aussteller auch dann aus dem Papier haftet, wenn ihm die Urkunde gestohlen worden ist. Denn die positive Vorschrift des § 794 B.G.B. läßt für diesen Fall die Verpflichtung des Ausstellers aus dem Papier bestehen bleiben.

Zunächst die Kreationstheorie: Nach ihr wird die Verpflichtung zur Leistung aus dem Papier in dem Augenblick begründet, in dem der Aussteller die Urkunde geschrieben hat. Es ist also weder eine Ausgabe des Papiers — eine Emission — noch ein Begebungsvertrag notwendig, sondern der Verpflichtungsgrund entsteht lediglich durch die Schaffung der Urkunde, in der diese Theorie den Willen des Ausstellers erblickt, ein einseitiges, ihn gegen jeden Papierinhaber verpflichtendes Versprechen abzugeben. Der Aussteller schafft also allein durch die Herstellung der Urkunde das materielle Recht aus dem Papier.

Die Kreationstheorie, der auch die Motive zum ersten Entwurf des B.G.B. anhängen, ist in der Literatur sehr häufig vertreten.[1]) Sie ist in der letzten Zeit jedoch viel bestritten worden.[2]) So nennt sie O. Fischer „eine der wunderlichsten Verirrungen der Begriffsjurisprudenz". [3])

Anders die Vertragstheorie: Sie verlangt zur Entstehung der Schuldverbindlichkeit nicht nur die Schaffung und Weitergabe des Papiers, sondern auch noch die Empfangnahme der Urkunde durch einen anderen, also ein Angebot des Ausstellers und eine Annahme dieses Angebots. Nach ihr würde also dann, wenn die ausgestellte Urkunde gegen den Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt oder wenn der Aussteller zur Zeit der Weggabe des Papiers geschäftsunfähig oder geisteskrank gewesen ist, ein materielles Recht oder eine Pflicht des Ausstellers zur Leistung aus dem Inhaberpapier garnicht entstanden sein, da der Aussteller eine ihn rechtsverbindlich verpflichtende Willenserklärung garnicht abgegeben hat.

---

[1]) Crome, B.G.B. S. 938; Cosack, B.G.B., S. 335; Endemann, B.G.B., S 1224; Enneccerus-Lehmann, B.G.B., S. 724; Staudinger, B.G.B., S. 1328; Planck, B.G.B., II., S. 545; Oertmann, a. a. O., S. 521; Dernburg, B.G.B., S. 441; Kuhlenbeck, B.G.B., S. 642; Scherer, Schuldverh., S. 1176; Goldmann-Lilienthal, B.G.B. S. 848; Matthiass, B.G.B., S. 669; Bernhöft, B.G.B., S. 489; Leske, B.G.B., S. 320; v. Buchka, B.G.B., S. 160; Jacobi, Wertpapiere, S. 166 ff. u. a.

[2]) Vor allem von Jacobi, Fischer, H. Meyer u. a.

[3]) Fischer, Sein und Schein im Rechtsleben. S. 20.

Daher macht den Anhängern dieser Theorie die Stellungnahme zu der positiven Vorschrift des § 794 B.G.B. Schwierigkeit, welche sagt, daß der Aussteller aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet wird, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist. So hat man z. B. versucht,[1]) eine außerhalb des Begebungsvertrages liegende Haftung dahin zu konstruieren, daß dem Aussteller ein Verschulden zur Last fällt. Diese Konstruktion ist schon aus dem Grunde nicht haltbar, da § 794 B.G.B. den Aussteller zur Leistung aus der Schuldverschreibung auf den Inhaber verpflichtet, während eine culpa des Ausstellers doch eine Schadensersatzpflicht begründet. Schadensersatz und Leistung aus dem Papier ist aber keineswegs identisch, was schon daraus hervorgeht, daß gewöhnlich der Schaden höher sein wird, als die Schuldsumme der Urkunde.

Oder man hat sich auf eine Garantie-Übernahme des Ausstellers gegenüber allen Inhabern für die Richtigkeit des Versprechens berufen.[2]) Wie sollte diese Gefahr — oder Garantie-Übernahme begründet sein? Das wäre doch nur durch einen Vertrag möglich, da es eine besondere Gesetzesbestimmung darüber im B.G.B. nicht gibt.

Erst der neuerdings mehrfach in der Literatur aufgetauchte und verteidigte Rechtscheinsgedanke — ein alle Teile unseres Rechts durchziehendes Prinzip [3]) — hat die richtige und einzig befriedigende Lösung in dieser Frage gefunden. Die allgemeine Grundlage dieses Prinzips stellt Wellspacher [4]) folgendermaßen auf:

„Wer im Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, der zufolge Gesetzes oder Verkehrsauffassung die Erscheinungsform eines bestimmten Rechts, Rechtsverhältnisses oder eines anderen rechtlich relevanten Momentes bildet, ist in seinem Vertrauen geschützt, wenn jener Tatbestand mit Zutun desjenigen zustande gekommen ist, dem der Vertrauensschutz zum Nachteile gereicht."

Und nun die Anwendung auf die Inhaberpapiere: Grundsätzlich bleibt für die Leistungspflicht maßgebend der Begebungsvertrag. Wie aber, wenn der Vertrag noch nicht zustande gekommen ist, die

---

[1]) Z. B. Lehmann, Zur Theorie der Wertpapiere. S. 340.

[2]) Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 17, S. 152 ff.

[3]) Jacobi, Willenserklärungen. S. 46.

[4]) Wellspacher, Vertrauen auf äußere Tatbestände. S. 115.

Urkunde aber schon besteht und gegen den Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt? Der Dieb erwirbt kein Recht aus dem Papier, ihm gegenüber kommt eine Verpflichtung des Ausstellers garnicht zur Entstehung. Aber dem gutgläubigen Dritten gegenüber, der das Papier erwirbt, wird der Aussteller verpflichtet, und zwar in dem Augenblick, in dem dieser die Urkunde erwirbt. Aber nicht, weil der Aussteller sich durch den einseitigen Akt der Ausstellung hat verpflichten wollen, entsteht das Recht aus dem Papier, sondern weil der Andere sich auf den Rechtsschein verlassen kann, weil sein schutzwürdiges Vertrauen auf den Schein des Rechts geschützt werden muß.[1]) Die Haftung stützt sich hier auf eine nicht gewollte Willenserklärung, die sowohl auf dem „Handeln auf eigene Gefahr" beruht, als auch auf dem Rechtsschein, den diese Handlung verbreitet.[2])

Koban spricht vom Verschulden des falschen Rechtsscheins. So sagt er z. B.[3]) bezüglich der Frage des Eigentumserwerbes vom Nichteigentümer:

„Nicht weil der Eigener die Sache freiwillig aus der Hand gegeben, sondern weil er hierdurch den falschen Schein des Rechtes beim Vertrauensmanne verschuldet hat, trifft ihn der Verlust des Eigentums."

Der Standpunkt Meyers scheint das Wesen der Sache am besten getroffen zu haben, indem er nicht nach einem Verschulden sucht, wo doch der Natur der Sache nach allein die Veranlassung genügt.[4]) Er sagt:[5])

„Wer ein Inhaberpapier ausstellt, oder ein Wechselakzept schreibt, um es künftig einmal bei Gelegenheit zu verwenden, also ohne Verpflichtungswillen, haftet doch, falls das Papier in die Hände eines gutgläubigen Erwerbers gerät. Nicht auf Grund der Kreation, beileibe nicht. Nicht durch Schuldschöpfung ist das Recht entstanden.

..... deshalb, weil auch das Wertpapier eine Publizitätsform ist, die den Schein des Rechts für sich hat und bestimmt ist, ein ein-

---

[1]) Naendrup, Rechtsscheinsforschungen. S. 3 ff.

[2]) Schoppe, Anfechtung einer Inhaberschuldverschreibung, S. 24; vergl. auch Leonhard, Irrtum. Bd. I, S. 77.

[3]) Koban, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht. S. 88.

[4]) Hanke, a. a. O. S. 44.

[5]) Meyer, Publizitätsprinzip. S. 94, 95.

redeloses Recht in sich aufzunehmen. Das Recht entsteht in der Person des gutgläubigen Erwerbers im Augenblick der Übertragung. Er erlangt ein Forderungsrecht. Dieses aber verlangt auch einen, der für die Schuld haftet. Das ist der Aussteller oder Akzeptant. Er haftet nicht, wie man behauptet hat, wegen präsumtiven Verschuldens, weil er das Papier unbeaufsichtigt gelassen hat. Ihn braucht keine Schuld zu treffen. Auch ein Schaden, wie bei unerlaubten Handlungen, braucht beim Erwerber nicht vorzuliegen; denn er kann unentgeltlich erworben haben. Der Aussteller haftet, weil er die Publizitätsform hergestellt hat, die bestimmt ist, das Recht in sich aufzunehmen, weil er also die Veranlassung zur Entstehung des Rechts gegeben hat.

So brauchen wir denn auch bei dem Besitzer einer beweglichen Sache, der sie aus der Hand gegeben und dadurch einen anderen mit dem Rechtsschein bekleidet hat, nicht nach einem Verschulden zu suchen. Es genügt, daß er die Veranlassung dazu gab, daß auf dem Rechtsschein in der Person des gutgläubigen Erwerbers das materielle Recht entstand."

§ 4.

Wer ist Gläubiger aus dem Papier?

Wir kommen nun zu der weiteren Frage, wer Gläubiger aus dem Inhaberpapier ist, der Eigentümer oder der Besitzer.

Beide Anschauungen haben in der Wissenschaft ihre Vertreter gefunden, die aber wieder je nach der der Entstehung der Obligation gegebenen Erklärung im einzelnen von einander abweichen. Da sich aber trotz der verschiedenen Färbungen in allen klar der Grundgedanke ausprägt, so seien sie hier unter der Besitz- bezw. Eigentumstheorie zusammengefaßt.

Die Besitztheorieen [1]) wollen in dem Inhaber oder dem Besitzer oder dem Vorzeiger oder dem Ligitimierten den Gläubiger sehen.

---

[1]) Als Vertreter derselben seien genannt: v. Gönner, a. a. O., S. 192 ff.; Schumm, a. a. O., S. 50, 65; Siegel, das einseitige Versprechen, S. 115; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, S. 205; Jolly in der kritischen Vierteljahrsschrift, S. 537 ff. und Kuntze in zahlreichen Schriften. Den gleichen Standpunkt nehmen ein: das Sächsische B G.B. in §§ 1039, 1045; das Züricher Gesetzbuch in § 1104, das Schweizer Obligationenrecht in Art. 846, 847 und der Dresdener Entwurf in Art. 347 und 866.

Auch der erste Entwurf zum B.G.B., der ebenso wie vielfach die Literatur,[1]) in dem einseitigen Kreationsakt den Verpflichtungsgrund der Obligation sieht, hat sich auf diesen Standpunkt gestellt, und zwar unter vollständiger Anlehnung an Kuntze. Da Kuntze[2]) in strengster Durchführung seiner Kreationstheorie aus dem einseitigen Kreationsakt den Aussteller als seinem Willen entsprechend unbedingt jedem Präsentanten ohne Unterschied verpflichtet sein läßt, muß er natürlich die Gläubigerschaft einem jeden unredlichen Präsentanten ebenso zusprechen wie dem redlichen. Demnach würde also auch der Pfandgläubiger, trotzdem er doch mit der Erlangung des Besitzes nicht Gläubiger werden soll, und sogar der Dieb Gläubiger sein. Es unterliegt keinem Zweifel, daß durch eine derartige Normierung das Papier in hohem Grade verkehrsfähig wird. Aber man geht damit über das Bedürfnis des Verkehrs hinaus und verstößt gegen das Rechtsbewußtsein.

Nun ist aber das Eigentum, das ursprünglichste aller Rechte,[3]) und wenn es sich darum handelt, die rechtlichen Beziehungen zwischen einer Person und einer Sache festzustellen, so wird man immer zu dem Eigentum als dem Natürlichsten und im Zweifel Nächstliegendsten greifen. Findet sich ja doch bei den einfachen Beweisurkunden schon die Erscheinung, daß der aus der Obligation Berechtigte Eigentümer des Papiers ist. Umsomehr wird man bei der innigen Beziehung, die bei dem Inhaberpapier zwischen Papier und Forderung besteht, geneigt sein, das Forderungsrecht mit dem Eigentum zu verknüpfen. Demgemäß bildet auch der Satz: „Gläubiger aus dem Inhaberpapier ist der Eigentümer, an das Eigentum des Papiers knüpft sich die Forderung“ [4]) den Ausgangspunkt für alle Anhänger der Eigentums-

---

[1]) Crome, B.G.B., S. 938; Cosack, B.G.B., S. 335; Endemann, B.G.B., S. 1224; Enneccerus-Lehmann, B.G.B., S. 724; Staudinger, B.G.B., S. 1328; Planck, II., S. 545; Oertmann, a. a. O. S. 521; Dernburg, B.G.B., S. 441; Kuhlenbeck, B.G.B., S. 642; Scherer, a. a. O., S. 1176, Goldmann-Lilienthal, B.G.B., S. 848; Matthiass, a. a. O., S. 669; Bernhöft, B.G.B., S. 480; Leske, B.G.B. S. 320; v. Buchka, B.G.B., S. 160; Jacobi, Wertpapiere, S. 166 ff. u. a.

[2]) Kuntze, Inhaberpapiere, S. 300, 303; in Endemanns Handbuch Bd. 4, S. 58, 73.

[3]) Achilles, Grundeigentum. S. 5.

[4]) Goldschmidt, Zeitschr. Bd. IX, S. 62.

theorie.[1]) Er begegnet uns der herrschenden Ansicht [2]) gemäß auch im B.G.B., nachdem die Kommission für die zweite Lesung auf die vielfachen gegen den ersten Entwurf gerichteten Angriffe (vergl. gutachtliche Äußerungen Bd. II, S. 381 ff., Bd. VI, S. 503 ff.) bei seiner Umarbeitung den prinzipiellen Standpunkt des Entwurfs, welcher das Recht aus der Schuldverschreibung lediglich an die Tatsache der Innehabung knüpfte, aufgegeben hatte und statt dessen davon ausgegangen war, daß die Gläubigerrechte grundsätzlich nur dem Eigentümer zuzugestehen seien,[3]) und zwar in dem in Form einer Ausnahmebestimmung dem § 793 beigefügten Zusatz: „Es sei denn, daß er (der Inhaber) zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist."

Vom Standpunkt dieser Eigentumstheorie ist demnach der Erwerb des Eigentums am Papier die unbedingte Voraussetzung für den Erwerb des Forderungsrechtes aus dem Papier, trotzdem der Erwerb des Forderungsrechtes das prinzipaliter Beabsichtigte ist. Das Papier muß dabei als der konkrete Teil, dessen Zirkulation und Aufenthaltsort jederzeit äußerlich sichtbar bleibt, für die Bewegung des Ganzen der maßgebende Teil sein. Da das Papier eine Sache ist, so werden für den Übergang des Eigentums am Papier die für den Eigentumserwerb an Mobilien gegebenen Vorschriften des B.G.B. Anwendung finden müssen. Das Papier ist aber nur Mittel zum Zweck, Hauptsache bleibt das in dem Papier verbriefte Recht. Und daher ist es bei der Übertragung des Eigentums am Papier, sofern ein Übereignungswille gefordert wird, unbedingt notwendig, daß sich dieser Übereignungswille in erster Linie auf das Recht aus dem Papier bezieht; sonst geht das Eigentum auch am Papier allein nicht über. Wenn der Veräußerer

---

[1]) Die bedeutendsten Vertreter derselben unter der Herrschaft des gemeinen Rechts waren v. Savigny, Renaud, Carlin, Pappenheim und Goldschmidt.

[2]) Staudinger, a. a. O., S. 1328; Goldmann-Lilienthal, a. a. O., S. 849; Endemann, a. a. O., S. 1222; Planck, a. a. O., S. 887; Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 800; Jacobi, a. a. O., S. 34; Cosack, a. a. O., S. 250; Dernburg, B.G.B., II, 1, S. 418; Crome, a. a. O., S. 937/945; Oertmann, a. a. O., S. 521; Gierke, Privatrecht, S. 167; Kuhlenbeck, a. a. O., S. 642; v. Buchka, a. a. O., S. 160 u. a. A. M. Matthiass, a. a. O., S. 672.

[3]) Pappenheim, a. a. O., S. 43; vergl. auch Endemann, a. a. O., S. 1223.

des Papiers garnicht Eigentümer ist, dem Erwerber gegenüber aber als Eigentümer legitimiert ist, so erwirbt er Eigentum an Papier und Forderung, sofern erforderlichenfalls der Übereignungswille sich auf das Papier und auf das darin verbriefte Recht richtete.[1]) Es entsteht hier aus dem Rechtsschein in der Person des gutgläubigen Erwerbers das materielle Recht; [2]) der Erwerber wird also als Eigentümer des Papiers — und somit der Forderung — Gläubiger. Denn das Gläubigerrecht kommt immer, abgesehen vom Erbgang, mit dem Erwerb des Eigentums originär in der Person dessen zur Entstehung, der das Eigentum an dem Papier erwirbt. Es ist von den Vormännern nicht nach den Grundsätzen der Forderungsabtretung abgeleitet.[3]) Diese Theorie der Vielheit der Forderungsrechte bei der Einheit des Papiers ist im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, entspricht aber der Verkehrsanschauung. Denn der Aussteller wird dem neuen Eigentümer nicht deshalb verpflichtet, weil er dem bisherigen Eigentümer verpflichtet war, sondern er wird ihm unmittelbar verpflichtet.[4])

Dagegen wird zweifellos der Mandatar und jeder andere zur Einziehung der Forderung Bevollmächtigte nicht Gläubiger, wenn sie auch den Willen haben, Gläubiger zu werden, eben weil sie nur den Besitz der Urkunde, nicht aber das Eigentum an ihr erlangten. Allerdings sind sie zur Verfügung über das Papier berechtigt und können daher gemäß der oben zitierten Zusatzbestimmung die Leistung aus dem Papier fordern. Aber Gläubiger sind sie darum noch nicht.

Die Frage: Wer hat das Gläubigerrecht aus dem Inhaberpapier? ist eben zu scheiden von der Frage: Wer ist berechtigt, die Erfüllung aus dem Papier zu verlangen? [5]) Man spricht wohl in diesen und ähnlichen Fällen, wo jemand zur Einziehung befugt ist, z. B. auch beim Nießbrauch und Pfandrecht, von einem vom Verfügungsrechte des Eigentümers abgeleiteten Verfügungsrecht.[6]) Gläubiger ist demnach grundsätzlich der Eigentümer, wobei jedoch zu beachten ist, daß auch

---

[1]) Jacobi, Wertpapiere, a. a. O.

[2]) Meyer, a. a. O., S. 95.

[3]) Vergl. Endemann, a. a. O., S. 1224; Cosack, a. a. O., S. 362; Staudinger, a. a. O., S. 1329, ebenda R.G. Bd. 9, S. 45 (das dort für Orderpapiere Gesagte gilt auch für Inhaberpapiere); etwas abweichend Crome, a. a. O., S. 946.

[4]) Cosack, a. a. O.

[5]) Dernburg, a. a. O., S. 418, Anm. 2.

[6]) Staudinger, a. a. O., S. 1329; Kuhlenbeck, § 793, Anm. 3.

derjenige, der überhaupt zur Verfügung berechtigt ist, die Leistung fordern darf.

Man hat im Gesetz die oben wiedergegebene Formulierung gewählt, um dem Inhaber die Behauptungslast abzunehmen, wie er in den Besitz der Urkunde gekommen ist.

Die Gläubigerrolle wird also nicht, wie man aus dem Namen „Inhaberpapiere" folgern könnte, und wie die Vertreter der Besitztheorien dies meist getan haben, durch die tatsächliche Innehabung des Papiers bestimmt, sondern das Forderungsrecht aus dem Papier ist mit dem Eigentum am Papier verknüpft. Nichtdestoweniger ist die tatsächliche Innehabung des Papiers für das im Inhaberpapier verbriefte Recht von großer Bedeutung. Indem das Gesetz bestimmt: „Der Inhaber darf die Leistung verlangen, es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist", trennt es das Recht aus dem Papier von seiner Ausübungsmöglichkeit.[1])

Einerseits ist nämlich das Inhaberpapier Präsentationspapier,[2]) d. h. das Recht aus dem Papier kann grundsätzlich nur ausgeübt werden, wenn und solange der Gläubiger das Papier körperlich inne hat.[3]) In diesem Sinne erklärt sich auch schon vor dem Inkrafttreten des B.G.B. der I. Zivilsenat des Ober-Landgerichts Rostock in einem Beschluß vom 3. Juli 1898:[4]) „Die Gläubigerschaft aus einem Inhaberpapier ist begrifflich, an dessen Besitz derartig gebunden, daß nur der Besitzer die Forderung geltend machen kann." Um die Leistung fordern zu können, genügt nicht nur das Vorhandensein des Verfügungsrechtes über das Papier, sondern es muß noch als weiteres Moment die Verfügungsmacht hinzutreten. Und diese hat nur, wer das Papier derart in seiner Gewalt hat, daß er es jederzeit selbst vorlegen kann.[5]) Hat der Berechtigte das Papier verlegt, verloren, oder aus der Hand gegeben, so ist er außerstande, die Leistung zu fordern; denn der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet. (B.G.B. § 797, Satz 1.)

---

[1]) Vergl. Gierke in Goldschmidts Ztschr. Bd. 29, S. 260.

[2]) Vergl. Endemann, a. a. O., S. 1220; Gierke, a. a. O., S. 171, und vor allem Brunner, S. 155, der diese Bezeichnung geprägt hat.

[3]) Gierke in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 28, S. 260; Cosack, a. a. O., S. 375.

[4]) Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung des O.L.G. Bd. 2, S. 418.

[5]) Staudinger, a. a. O., § 793, IV a.

Der Aussteller kann sich auch durch eine Leistung an den Eigentümer, der nicht Inhaber ist, nicht befreien.[1]) In dieser Erscheinung wird man eine Konsequenz der innigen Verbindung von Papier und Forderung zu suchen haben.

Andererseits ist das Inhaberpapier auch Legitimationspapier.[2]) Unter Legitimation darf man aber nicht das Recht zur Geltendmachung und Übertragung verstehen.[3]) Sondern legitimiert zu einem Rechte ist derjenige, der gewisse, vom objektiven Rechte bestimmte Tatsachen, die äußerlich in die Erscheinung treten, für sich anzuführen vermag, aus denen zwar seine Berechtigung an sich noch nicht zwingend gefolgert werden kann, die aber nach Maßgabe des objektiven Rechts bewirken, daß er solange als Berechtigter gilt, bis das Gegenteil hiervon feststeht. Daher kann man unter Legitimation hier auch nicht den Nachweis des Rechtes verstehen, den der Papierinhaber hat, gleichgültig ob er Berechtigter ist oder nicht, ob innerhalb oder außerhalb eines Prozesses, die Legitimation als Berechtigter für sich, ohne daß es des Nachweises seines Rechtes bedarf. Diese Erscheinung erklärt sich aus der deutschrechtlichen Gewere, wie sich denn überhaupt das Inhaberpapier auf dem Boden des deutschen Privatrechts entwickelt hat. Die Gewere als „Form des dinglichen Rechts“ [4]) gab dem Inhaber einmal die Vermutung des Rechts für den Fall, daß ihm dieses bestritten wurde. Aber hierüber ragt ihre Bedeutung als formales Legitimationsmittel hinaus. Bis der Schein, den die Gewere ihrem Inhaber gab, dadurch vernichtet wurde, daß er als unbegründet feststand, solange galt er als richtig. Also auch wenn ein Unberechtigter die Gewere übertrug, übertrug er den Schein und die Vermutung des Rechts, wenn auch nicht das Recht selbst. Hieraus ergibt sich, daß dem Papierinhaber mehr als eine gesetzliche Präsumtion zugute kommt.

Die legitimierende Kraft der skripturmäßigen Wertpapiere besteht darin, daß sie dem Inhaber den Schein der Berechtigung gewährt. Und dieser Rechtsschein wirkt solange zu Gunsten des Inhabers, als nicht festgestellt ist, daß dieser tatsächlich nicht aus dem Papier

---

[1]) Planck, a. a. O., § 793, Note 3 d.

[2]) Vergl. Gierke, a. a. O., S. 172; Jacobi, Wertpapiere, S. 34; 92 ff.; ebenso scheinbar Kuhlenbeck, S. 545.

[3]) Thöl, a. a. O., S. 668.

[4]) Heusler, Privatrecht. Bd. II, S. 20.

berechtigt ist. Jedes Rechtsgeschäft aber oder jede Rechtshandlung, die auf Grund oder in Beziehung zum Rechtsschein von oder gegenüber dem mit dem Rechtsschein versehenen Inhaber vorgenommen werden, wirken endgültig und dauernd, und zwar für beide Parteien. Die nachträgliche Feststellung der Nichtberechtigung des Inhabers vermag nicht den Rechtsschein nachträglich zu vernichten und dadurch das Rechtsgeschäft oder die Rechtshandlung zu anullieren. Und darin liegt der große Unterschied zwischen Rechtsschein und Rechtsvermutung.

Denn die Rechtsvermutung schafft nur einen vorläufigen Zustand, der nur dann ein endgültiger ist, wenn die Rechtsvermutung dem objektiven Tatbestand entspricht oder doch nicht als dem objektiven Tatbestande widersprechend erwiesen werden kann. Dieser Beweis kann nach vollzogenem Rechtsgeschäft zu einer Bereicherungsklage führen oder kann bewirken, daß die Leistung als nicht geschehen zu behandeln ist, kurz er kann das ganze durch die Rechtsvermutung gestützte Geschäft nachträglich zu Falle bringen. Beim Rechtsschein, auch dem objektiv unrichtigen, ist dies ausgeschlossen.[1])

Zu weit geht Brunner,[2]) der dem Inhaber gegenüber dem Schuldner direkt eine Gläubigerrolle zusprechen will. Daß die Brunnersche Annahme des infolgedessen möglichen Eintritts eines „eigentümlichen Dualismus formeller und materieller Gläubigerschaft“ [3]) der Eigentumstheorie die Spitze abbrechen muß, darauf hat bereits Gierke [4]) hingewiesen.

Man hat trotzdem eine Präsumtion zu konstruieren versucht. So geht Schollmeyer [5]) davon aus, daß das B.G.B. im Anschluß an das A.L.R. (§ 179, I, 7) die Vermutung der Rechtmäßigkeit des Besitzes aufstellt und dieselbe auch auf den früheren Besitzer wider seinen Willen abhanden gekommener Inhaberpapiere angewandt hat. Er meint,[6]) da nach § 1006 B.G.B. der rechtmäßige Besitzer als Eigen-

[1]) Krückmann in Iherings Jahrbuch. Bd. 57, S. 110 ff.

[2]) Brunner, a. a. O., S. 211.

[3]) Brunner, a. a. O., S. 162.

[4]) Gierke in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 29, S. 260.

[5]) Ähnlich auch Burchard, Schuldverschreibung, S. 30; Cordes, a. a. O., S. 82; außerdem für die Annahme einer Vermutung: Cosack, a. a. O., S. 375; Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 800; Staudinger, a. a. O., S. 1329.

[6]) Schollmeyer, a. a. O., S. 199.

tümer vermutet wird, der Eigentümer aber Gläubiger der Forderung ist, so ist der Besitzer als Gläubiger zu vermuten.

Abgesehen davon, daß das B.G.B. schon äußerlich durch Gebrauch der Worte „zu Gunsten des Besitzers ..... wird vermutet" oder dergleichen kenntlich gemacht hat, wenn es eine Präsumtion aufstellen will, steht einer solchen Konstruktion auch der Umstand entgegen, daß sich Besitz und Innehabung noch keineswegs decken.[1]) Denn Inhaber ist auch der Besitzdiener des § 855 B.G.B., während der mittelbare Besitzer niemals als Inhaber in Frage kommen kann. Vor allem aber sind die Wirkungen der Legitimation viel weiter reichend, als die der Präsumtion. Denn die Präsumtion hat immer nur den Charakter einer Beweislastregel, insofern, als der Behauptende von dem Beweise befreit wird und den Gegenbeweis abwarten kann. Die Grundlage des erhobenen Anspruchs ist dann streng genommen derjenige Tatbestand, an den die Rechtsvermutung geknüpft ist, und der Gegner hat eine Einrede dagegen, wenn er das Gegenteil des vermuteten Tatbestandes beweisen kann.[2]) Insofern kann man zwar von einer Änderung des materiellen Rechts sprechen, doch ist damit auch die Wirkung der Vermutung erschöpft.

Es erwirbt also der gutgläubige Dritte das Recht aus dem Papier von dem zur Übertragung nicht berechtigten Tradenten auf Grund seiner bona fides und des Rechtsscheins des Veräußerers, nicht aber auf Grund einer rechtlichen Vermutung, daß der veräußernde Inhaber zur Übertragung befugt sei,[3]) was Cosack[4]) trotz seiner Annahme einer Vermutung anerkennt. Durch Herstellung der Publizitätsform, die bestimmt ist, das Recht in sich aufzunehmen, hat der Aussteller die Veranlassung gegeben, daß aus dem Rechtsschein in der Person des gutgläubigen Erwerbers das materielle Recht entsteht.[5]) Das Gläubigerrecht kommt also auch hier originär in der Person des gutgläubigen Erwerbers zur Entstehung.

Die Vertreter der Präsumtion haben auch das Unzureichende

---

[1]) Vergl. bezüglich der Gewere auch Gierke, a. a. O., S. 190 ff.; vergl. aber Endemann, a. a. O., S. 1223.

[2]) Bernhöft, a. a. O., S. 375.

[3]) Brunner, a. a. O., S. 211.

[4]) Cosack, a. a. O., S. 369.

[5]) Meyer, a. a. O., S. 94 ff.

einer Vermutung selbst empfunden. So sagt Staudinger,[1]) die Vermutung wirke für den Aussteller und den Inhaber und fährt dann wörtlich fort: „Das Gesetz will durch seine Fassung zugleich zum Ausdruck bringen, daß der Inhaber geradezu einen materiellrechtlichen Anspruch darauf habe, als Gläubiger zu gelten, m. a. W., er wird, selbst wenn ihm das Gläubigerrecht im konkreten Falle fehlt, als Gläubiger geradezu fingiert." Cosack[2]) hingegen meint, daß die Vermutung, daß der Inhaber des Papiers zur Einziehung der im Papier verbrieften Forderung befugt sei, zu Gunsten des Schuldners zur Fiktion erhoben werde. Auch Pitsch[3]) ist der Ansicht, daß die Rechtsvermutung, nach der irgend etwas „gelten" soll, wenn nicht gewisse Umstände dies verhindern, zur Fiktion werde, sobald diese Umstände nicht eintreten. Die Fiktion ist aber ein Rechtssatz, welcher die Folgen eines anderen Rechtssatzes an einen neuen Tatbestand knüpft, weil der Gesetzgeber beide Tatbestände gleich behandeln will, während bei der Vermutung bei einem bestimmten Tatbestand ein anderer Tatbestand als bestehend angenommen wird.[4])

Vermutung und Fiktion sind demnach so verschieden von einander, daß die eine nicht in die andere übergehen kann. Richtiger Ansicht gemäß wollen aber auch Staudinger und Cosack[5]) dem Aussteller das Recht einräumen, dem Inhaber den Gegenbeweis der Nichtberechtigung zu führen. Daß Staudinger und Cosack zu diesem Gewaltmittel greifen mußten, um ihre Konstruktion aufrecht zu erhalten, und daß sie dies in so von einander abweichender Weise taten, dürfte das Unzulängliche der Annahme nur einer Vermutung am besten darstellen. Die Legitimation, die die Innehabung des Papiers gibt, ist sowohl im Interesse des Verpflichteten wie des Berechtigten.

Aus dem Wesen der Legitimation ergibt sich aber auch, daß der Inhaber nicht bloß als Empfangsermächtigter gelten kann,[6]) ähnlich dem solutionis causa adjectus. Dieser ist nur eine im Interesse des Schuldners geschaffene Zahlstelle neben dem Gläubiger, der allein

---

[1]) Staudinger, a. a. O., S. 1329.
[2]) Cosack, a. a. O., S. 375.
[3]) Pitsch, Rechtsnatur der Inhaberpapiere, S. 57.
[4]) Vergl. Bernhöft, a. a. O., S. 374 ff.
[5]) Staudinger, a. a. O., S. 1330; Cosack, a. a. O., S. 375.
[6]) Vergl. z. B. Rechnitz, Anweisung und Inhaberpapier, S. 71 ff.

der Berechtigte bleibt, während der Inhaber als der Gläubiger selbst gilt. Diese Auffassung ist auch schon in der zweiten Kommission zurückgewiesen, wo ausdrücklich hervorgehoben wurde,[1]) daß der Inhaber als ermächtigt gelte, über das Eigentum der Urkunde zu verfügen und die mit dem Eigentum verbundenen Rechte auszuüben. Die Legitimation beschränke sich nicht auf das Recht, die Leistung zu erheben usw.

B. Rechte und Pflichten des Ausstellers.

§ 5.

Rechtsfolge der wissentlichen Leistung an den unberechtigten Vorzeiger des Papiers.

Es fragt sich nun — und damit kommen wir, nachdem im Vorstehenden die Grundlage für die weitere Untersuchung geschaffen ist, zum eigentlichen Thema — wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn der Aussteller weiß, daß der Vorzeiger des Papiers nicht verfügungsberechtigt ist. Dabei ist jedoch zu beachten, daß bloße Kenntnis davon, daß das Papier dem Berechtigten abhanden gekommen ist, noch keine Kenntnis von der Nichtberechtigung des Vorzeigers ist.[2]) Denn vermöge des durch die §§ 932, 935 B.G.B. erleichterten Eigentumserwerbes an dem Papier kann der Inhaber sehr wohl Gläubiger geworden sein. Dieser Umstand begründet nur eine vielleicht nicht ganz berechtigte tatsächliche Vermutung dafür, daß der Inhaber nicht berechtigt ist; daß der Aussteller aber trotz dieser Vermutung zur Leistung verpflichtet ist, ist schon oben dargetan worden. Hier wird, wie Gierke[3]) sagt, die subjektive Gewißheit durch gerichtliche Zahlungssperre ersetzt. Dieser Fall, in dem der Aussteller trotz Leistung an den vorzeigenden Inhaber nicht frei wird, scheidet aus der weiteren Untersuchung aus, da sich diese Rechtsfolge aus dem Verstoß gegen das richterliche Verbot der Leistung ergibt. Auch grob verschuldetes Nichtwissen darf man hier nicht, wie sonst im Zivilrecht, z. B. in § 932 B.G.B., dem Wissen gleichstellen.[4]) Denn was unter

[1]) Protokoll Bd. II, S. 532.

[2]) Vergl. Gierke, a. a. O., S. 173.

[3]) Vergl. Gierke, a. a. O., S. 174.

[4]) Vergl. Oertmann, § 793, Nr. 4; Gierke, a. a. O., S. 173; a. M. Meilhaus, Eigentumserwerb, S. 67.

anderen Umständen bei Zugrundelegung eines anderen obligatorischen Verhältnisses eine grobe Nachlässigkeit wäre, und was sich auch hier auf den ersten Blick so darstellt, ist in Wahrheit überhaupt keine Fahrlässigkeit im technischen Sinne.[1])

Ob und wann der Aussteller bei wissentlich an den nicht verfügungsberechtigten Inhaber bewirkter Leistung frei wird, bezw. dem wahren Gläubiger verpflichtet bleibt, wird in der Theorie verschieden behandelt.

Für die Besitztheorie, konnte in dieser Beziehung kein Zweifel obwalten. Denn nach dieser ist, wie wir oben gesehen haben, immer der Besitzer Gläubiger. Der Aussteller m u ß daher an den Inhaber leisten, und zwar sogar dann, wenn er das Papier unredlicher Weise erworben hat. Damit erfüllt er das Schuldversprechen gegenüber seinem Gläubiger und wird also frei. Zur Veranschaulichung dieser allem Rechtsgefühl widersprechenden Konsequenz sei § 687, des Entwurfs zitiert. Er lautet: „Der Aussteller der Schuldverschreibung darf dem Inhaber derselben die Leistung nicht deshalb verweigern, weil dieser die Schuldverschreibung in unredlicher Weise erworben hat, unbeschadet der Vorschrift des § 689." (d. h. wenn die Unredlichkeit nicht gegenüber dem Aussteller selbst begangen wurde.)

Es würde zu weit führen, hier all die Gründe zu erörtern, die gegen eine derartige Normierung sprechen. Sie sind zum Teil oben bereits gegen die Besitztheorie überhaupt vorgebracht und es sei im übrigen auf die Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen Bd. II, S. 381 ff. und Bd. VI, S. 503 ff. verwiesen, aus denen deutlich hervorgeht, wie wenig Anklang und wieviel Widerspruch aus Literatur und Praxis gerade diese Bestimmung des Entwurfs gefunden hat.

Nicht so klar liegt der Fall vom Standpunkte der Eigentumstheorie aus betrachtet. Zwar bestimmt ja § 793 B.G.B.: „Der Aussteller wird auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit" und es gewinnt den Anschein, als wolle das Gesetz hier einen Rechtssatz aufstellen, der ebenso dem Gerechtigkeitsgefühl zuwider läuft, wie der Satz, daß der Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber aus ihr selbst dann verpflichtet wird, wenn sie ihm gestohlen worden ist.[2])

---

[1]) Vergl. L a n d s b e r g , Skripturobligationen, S. 97.

[2]) In der Tat finden wir diese Ansicht in der Wissenschaft recht häufig vertreten: Vergl. C o s a c k , a. a. O., S. 376; E n d e m a n n , a. a. O., S. 1223;

Aber es besteht die Möglichkeit, daß dieser Satz einer Einschränkung durch Normen allgemeinrechtlichen Inhalts unterworfen ist, welche eine Befreiung des Ausstellers ausschließen und eine andere Formulierung des Gesetzes entbehrlich erscheinen lassen. Hierfür ist auch eine Reihe von Schriftstellern eingetreten, die zwar im einzelnen unerheblich von einander abweichen. Insbesondere hat man auf der einen Seite den Aussteller immer verpflichtet sein lassen wollen, die Leistung bei Kenntnis der Nichtberechtigung zu verweigern, während eine andere Richtung den Aussteller solange frei werden läßt, als er nicht Beweismittel für die Nichtberechtigung des Inhabers besitzt.

Wir haben oben gesehen, daß die Legitimation dem vorzeigenden Inhaber solange die rechtliche Stellung des Berechtigten verschafft, bis der Schuldner den zu seinen Gunsten bestehenden Rechtsschein vernichtet, indem er den Nachweis erbringt, daß der Inhaber in Wirklichkeit nicht derjenige ist, der er infolge der Innehabung des Papiers zu sein scheint. Das Recht, diesen Nachweis zu führen, wird heute wohl niemand mehr dem Aussteller abstreiten, da der Legitimierte offenbar die durch das objektive Recht gegebene Möglichkeit hat, widerrechtlich das subjektive Recht zu verwerten.[1])

Und dieses Recht zur Bestreitung der Legitimation des Inhabers hat auch das B.G.B. in den §§ 793 Abs. 1 Satz 1, 796 anerkannt.

Nur darf der Aussteller eben nicht außer der Vorlegung der Urkunde vom Inhaber die Beibringung weiterer Beweismittel verlangen. Denn „die — in der Legitimation liegende — Vermutung beruht darin, daß sie eine von der Regel abweichende Verteilung der Beweislast anordnet.“ [2]) Infolgedessen ist der Aussteller gehalten, selbst nach den Tatsachen zu forschen, die etwa der formellen Legitimation entgegen stehen, und diese dem Inhaber vorzuhalten, wenn er die Leistung verweigern will.

Verweigert der Aussteller demnach die Leistung, so tut er es aber auf seine eigene Gefahr, da der Inhaber ihn im Prozeßwege zwingen kann, die Leistung zu bewirken. Denn auch im Prozeß ist der Inhaber aktiv legitimiert durch die bloße Innehabung

---

Fischer-Henle, a. a. O., § 793, Anm. 7; Landsberg, a. a. O., S. 91 ff., 102; Planck, a. a. O., S. 888; Schollmeyer, a. a. O., S. 199; Staudinger, a. a. O., S. 1331; Kuhlenbeck, a. a. O., S. 546.

[1]) Vergl. Jacobi, a. a. O., S. 94.

[2]) Beckh, Beweislast, S. 47.

der Urkunde und er braucht nicht die Verfügungsberechtigung als rechtsbegründenden Faktor zu beweisen,[1]) sondern ihr Fehlen gilt nur als rechtshemmender Umstand, dem der Schuldner als solchen beweisen muß.[2]) So sagt auch Stein bei Gaupp-Stein bezüglich der Voraussetzungen des Aufgebots von Inhaberpapieren: „Auf welchem Rechtsgrunde die Inhaberschaft beruht, ob sie überhaupt eine rechtsmäßige ist, hat das Gericht nicht zu prüfen."[3])

Wir haben aber vorhin gesehen, daß der Aussteller zur Leistung an den Vorzeiger verpflichtet ist und daß er von diesem dazu gezwungen werden kann, solange es ihm an den Beweismitteln fehlt, daß der Vorzeiger nicht verfügungsberechtigt ist, da der Vorzeiger sein Verfügungsrecht nicht darzutun braucht. Man käme daher zu der Folgerung, daß der Schuldner an den bloßen Inhaber und dann noch einmal an den wahren Gläubiger die Leistung bewirken muß. Die Vertreter dieser Ansicht werden aber diese Konsequenz wohl selbst nicht ziehen wollen.

Soweit man sich nicht damit begnügt hat,[4]) aus dem Wortlaut des Gesetzestextes auf die Befreiung des Schuldners auch in dem Falle zu schließen, daß er den Mangel der Verfügungsberechtigung des Vorzeigers kannte, hat man regelmäßig die Annahme, daß der Schuldner frei werde, damit begründet, daß der Schuldner sich in der Inhaberklausel zu weiter nichts als zur Leistung an den Inhaber verpflichtet habe, daß er durch Leistung auch an den bloßen Inhaber nur sein Recht ausübe, daß er aber nicht die Pflicht habe, die Rechte des bestohlenen Papiereigentümers zu wahren.[5]) Dabei hat man sich darauf gestützt,[6]) auch die zweite Kommission habe den Satz gebilligt, daß der Aussteller mit befreiender Wirkung an den Inhaber leisten könne, auch wenn er von dem Mangel des Verfügungsrechtes

[1]) Dieser Ansicht ist Pitsch (a. a. O., S. 41) und deshalb greift er zur Fiktion.

[2]) Vergl. Crome, a. a. O., S. 947; Oertmann, a. a. O., S. 793.

[3]) Gaupp-Stein, Z.P.O., § 1004 Anm. 2.

[4]) Vergl. Endemann, a. a. O., S. 122, neben anderen Gründen auch von Planck, a. a. O., S. 888; Goldmann-Lilienthal, a. a. O., S. 850, geltend gemacht.

[5]) de Weerth, Inhaberpapiere, S. 25.

[6]) Planck, a. a. O., S. 888; Goldmann-Lilienthal, a. a. O., S. 1331.

Kenntnis habe. Man hat auch gemeint,[1]) daß der Gläubiger hinreichend durch die Kraftloserklärung und die Zahlungssperre geschützt sei und durch einen Schadensersatzanspruch jede Verkürzung des wirklichen Gläubigers ausgeschlossen sei.

Betrachten wir dieses letzte Vorbringen einmal zuerst: Kraftloserklärung und Zahlungssperre gewähren dem wahren Gläubiger ziemlich weit reichenden Schutz; aber er versagt dann, wenn dem Aussteller das Papier zur Zahlung präsentiert wird, und zwar zu der Zeit, zu der der Eigentümer des Schutzes dieser Rechtsbehelfe noch nicht teilhaftig war. Fälle dieser Art werden in der Praxis garnicht so selten vorkommen. Wenn sich Staudinger (a. a. O.) damit zufrieden geben will, daß dem Eigentümer regelmäßig ein Schadensersatzanspruch aus der unerlaubten Handlung zustehe, so mag das vom praktischen Standpunkte aus betrachtet, nicht ganz unrichtig sein. In theoretischer Untersuchung darf man sich aber nicht mit dem Bewußtsein begnügen, daß der Eigentümer ja auf andere Weise ein Äquivalent für den Verlust seiner Forderung erlangen werde. Die Beantwortung der Frage, ob und wann dem Eigentümer ein Schadensersatzanspruch gegeben ist, soll dem dritten Teile vorbehalten bleiben. Immerhin darf hier darauf hingewiesen werden, daß, soweit dies für uns in Betracht kommt, nur vorsätzliches Unterlassen der Verweigerung schadensersatzpflichtig machen kann. Daher sind wieder nicht die Fälle getroffen, wo der Aussteller aus bloßer Bequemlichkeit, um sich kleinen Ärger zu ersparen, an den Inhaber leistet.

Man sieht also, daß diese Surrogate noch garnicht einmal geeignet sind, den Eigentümer vor Schaden zu bewahren; umso weniger können sie daher für unsere weitere Untersuchung in Betracht kommen.[2])

Was nun die Berufung auf die Kommissionsprotokolle anlangt, so bieten dergleichen Materialien allerdings ein Hilfsmittel zur Auslegung des Gesetzes.[3]) Aber es bleibt zu berücksichtigen, daß das Gesetz, wenn es einmal erlassen ist, auch diejenigen Wirkungen haben muß, deren Eintritt den an seiner Entstehung beteiligten Personen nicht zum Bewußtsein gekommen ist. Im vorliegenden Falle nun wird den Protokollen wohl eine zu große Bedeutung beigemessen. Denn „die Ausführung der Protokolle scheint insofern verfehlt, als

[1]) Kuhlenbeck, a. a. O., S. 546; Staudinger, a. a. O., S. 1331.
[2]) Vergl. Goldmann-Lilienthal und Planck, a. a. O.
[3]) Vergl. Engelmann, B.G.B., S. 23

sie die Frage, inwieweit der Schuldner dem Legitimierten die Leistung verweigern muß, überhaupt gänzlich außer Betracht lassen und sich nur auf das zugebilligte Prüfungsrecht erstrecken.“ [1])

Man darf aber nicht so weit gehen, das Prüfungsrecht des Ausstellers in eine Prüfungspflicht zu verkehren, wie es Endemann [2]) tut. Denn damit würde das Recht, welches sich der Aussteller in der Urkunde ausbedungen, nämlich an den Legitimierten zahlen zu dürfen, unberücksichtigt bleiben. Statt einer Erleichterung zu unterliegen, hätte er einer durch den erleichterten Papiererwerb um so schwereren Bürde zu genügen. Er würde alsdann der Gefahr ausgesetzt sein, entweder im Falle einer Nichtprüfung doppelt leisten oder im Falle, daß sich sein Verdacht als unbegründet herausstellt, die Verzugs- und Schadensersatzkosten tragen zu müssen. „Keinerlei Erkundigungspflicht“ will auch Gierke [3]) dem Aussteller auferlegen.

Daher kann der Aussteller den Inhaber als Gläubiger ansehen und er wird durch Leistung an den Inhaber frei und erwirbt das Eigentum am Papier. Das gilt selbst dann, wenn der Inhaber nicht das Verfügungsrecht über die Urkunde hat. (§§ 793, 797 B.G.B.) Denn er ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, an den Inhaber zu leisten. Selbst wenn es dem Aussteller zweifelhaft ist, ob der Vorzeiger Gläubiger ist, trotzdem wirkt die Innehabung legitimierend zum Rechte, der Vorzeiger hat den Schein der Berechtigung für sich und der Aussteller muß an ihn leisten. [4])

Hieraus erhellt, daß man eine Verweigerungs- oder Nachweispflicht nicht schon beim bloßen Wissen der Nichtberechtigung annehmen darf, wie es Bähr tut, [5]) wenn er sagt: „Die Inhaberschaft legitimiert zu dem Forderungsrechte nur in soweit, als es das Bedürfnis des bona fide-Verkehrs erheischt, darüber hinaus dem Grund-

---

[1]) Vergl. Staudinger, a. a. O., S. 1331, ebenso Jacobi, S. 65.

[2]) Endemann, Handelsrecht, S. 409.

[3]) Gierke in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 29, S. 262.

[4]) Vergl. Jacobi, a. a. O., S. 93.

[5]) Vergl. Bähr, Gegenentwurf S. 740, denselben Standpunkt vertreten noch Burchard, a. a. O., S. 71; Fellner, a. a. O., S. 48; Meilhaus, a. a. O., S. 67; Rechnitz, a. a. O., S. 69; Staub, a. a. O., S. 1167; meist ohne nähere Begründung vergl. auch Stobbe, a. a. O., S. 208, dagegen im Sinne des Textes Oertmann, a. a. O., S. 793, Ziff. 4 und Dernburg, a. a. O., S. 419, Anm. 4.

satze, daß der Inhaber Gläubiger sei, Wirksamkeit geben, würde nur das Unrecht begünstigen heißen."

Damit wäre die Möglichkeit einer mißbräuchlichen Anwendung der Einrede der Unredlichkeit gegeben, und dies würde wieder auf die Kreditfähigkeit des Papiers zurückwirken. Man müßte dann den Vorzeiger auf den Prozeßweg verweisen, ihn womöglich gar nötigen, in dem Prozesse sein Recht zu dem Papier darzulegen, oder wenigstens dem Aussteller, der sich sträubt, Zahlung zu leisten, die Pflicht auferlegen, auf Verlangen des Vorzeigers bei dem Amtsgerichte des Ortes seine Gründe sofort glaubhaft zu machen, widrigenfalls das Vollstreckungsverfahren sofort eingeleitet werden würde.[1]) Dadurch aber wird das Institut für die Erleichterung des Verkehrs mehr oder minder herabgesetzt. Jedenfalls aber mangelt es an einer ausdrücklichen Bestimmung in diesem Sinne.

Das Recht des Ausstellers, an den Inhaber zu leisten, ist aber nur solange vorhanden, als er den Nachweis von dessen Nichtberechtigung nicht zu führen vermag. Sobald er dazu im Stande ist, steht ihm dieses Recht nur noch dem Namen nach zu, die subjektive Berechtigung schwindet, da er sich nicht dem Inhaber als solchen, sondern als dem Berechtigten verpflichtet hat. Denn das Wesen der Legitimation ist Erlaß des Beweises des Rechtes zum Zwecke der Erleichterung des Verkehrs in Schuldverhältnissen. Dieser Zweck wird dadurch erreicht, daß man den Schuldner von der Sorge, ob er an den Gläubiger zahlen soll oder nicht, befreit hat, indem man ihm die Prüfungspflicht erließ und dem Gläubiger die Behauptungs- und Beweislast abnahm. Dessen bedarf es aber dann nicht mehr, wenn der Aussteller seiner Sorge auf andere Weise enthoben ist. Und dies ist zweifellos der Fall, wenn er weiß, und ohne erhebliche Schwierigkeit, auch ohne dabei eine ihm den Umständen nach nicht zuzumutende Gefahr zu übernehmen,[2]) beweisen kann, daß der Inhaber das Recht aus dem Papier unbefugter Weise ausübt. Da der Schein der Berechtigung aber solange bestehen bleibt, bis er entkräftet wird, so ergibt sich die Pflicht für den Aussteller, den Schein zu vernichten. Das kann aber er nur, wenn er dem Inhaber seine Nichtberechtigung nachweist.

---

[1]) Jacoby in Hirths Annalen, Jahrgang 1888, S. 587.

[2]) Gierke, a. a. O., S. 173; derselbe in D.J.Z. 1905, S. 94; Jacobi, a. a. O., S. 67.

Darin liegt aber keine unzulässige exceptio de iure tertii, wie de Weerth [1]) meint. „Es kommt nicht darauf an — sagt Endemann [2]) — in wessen Person das Gegenrecht entstanden ist, sondern nur darauf, ob es in solchem wesentlichen Zusammenhange mit dem Anspruche steht, daß es nach Inhalt und Bestimmung dessen Geltendmachung gerade dem Beklagten gegenüber abwenden soll. Der durch den Anspruch Verfolgte darf mithin die für einen Dritten entstandenen Gegenrechte insoweit als eigene ausüben, als seine Verpflichtung in innerer Abhängigkeit steht oder sonst abgeleitet wird von dem Rechtsverhältnis, in dem dieser Dritte sich dem Kläger gegenüber befindet."

Mit dem eben Gesagten ist auch die Ablehnung des Standpunktes gegeben, den Hanke [3]) in dieser Frage einnimmt. Er will den Aussteller in jedem Falle befreit werden lassen, also auch dann, wenn der Aussteller ohne jede Schwierigkeit die Nichtberechtigung des Inhabers beweisen kann. Er geht dabei zunächst von dem grundsätzlich auch hier vertretenen Standpunkte aus, daß der Aussteller nicht verpflichtet ist, die Rechte des wahren Gläubigers zu schützen. Denn das würde im Widerspruch zu der Formel stehen, durch die sich der Aussteller gerade nur zur Leistung an den Inhaber verpflichtet habe. Er meint, der Gläubiger müsse wissen, daß er Gefahr laufe, bei Verlust der Urkunde dadurch geschädigt zu werden, daß der Aussteller ohne Prüfung der materiellen Berechtigung, ja sogar bei Kenntnis der Nichtberechtigung an den Inhaber leisten dürfe, und er habe genügend Mittel an der Hand, sich vor diesem Verlust zu schützen. Denn wenn — wie auch hier zugestanden — Zahlungssperre und Aufgebotsverfahren keine genügenden Hilfsmittel seien, so könne er durch Hinterlegung bei einer Hinterlegungsstelle oder der Reichsbank jeder Gefahr aus dem Wege gehen. Wie weit eine solche Hinterlegung ein ebenso „einfaches wie sicheres" Schutzmittel darstellt, geht schon daraus hervor, daß dem Gläubiger das Papier in der Zeit zwischen Abholung von der Hinterlegungsstelle und der Präsentation ebenso leicht verloren gehen oder gestohlen werden kann wie ohne diesen Schutz. Es läßt sich eben keine Möglichkeit denken, bei der der Besitz des Gläubigers am Papier so geschützt wird, daß eine mißbräuchliche Präsentation durch einen Unberechtigten völlig ausgeschlossen wird.

---

[1]) de Weerth, a. a. O., S. 25.
[2]) Endemann, a. a. O., S. 520.
[3]) Hanke, a. a. O., S. 62 ff.

Es ist daher nicht einzusehen, weshalb dem Aussteller auf Kosten des Gläubigers eine so völlige Befreiung von jeder Verpflichtung gewährt werden soll, wenn für ihn der Nachweis der Nichtberechtigung des Inhabers weder Schwierigkeiten noch Gefahren mit sich bringt. Der Fall, den Hanke anführt, daß erfahrungsgemäß auch die sichersten Beweismittel im Prozesse versagen können, ist so selten, daß man ihn bei einer allgemeinen Untersuchung wohl ausschalten kann. Jedenfalls deshalb im Interesse der Verkehrserleichterung dem Aussteller eine Gefahr auf Kosten des an und für sich schlechter gestellten Gläubigers abzunehmen, hieße sehr weit über das Verkehrsinteresse hinausgehen.

Unterläßt der Aussteller demnach den Nachweis trotz Vorliegens der oben angegebenen Voraussetzungen, so verstößt er gegen § 242 B.G.B. Dabei ist es völlig gleichgültig, ob der Aussteller vorsätzlich oder auch nur aus Bequemlichkeit oder sonstigen Gründen den Nachweis nicht geführt hat. Hauptsache bleibt, daß er den Nachweis ohne irgendwelche Gefahr für sich führen konnte, was im einzelnen Falle zu ermitteln sein wird. Denn bei einem Verstoß gegen Treu und Glauben handelt es sich nicht um ein subjektives Unrecht, sondern gegen Treu und Glauben handelt derjenige, dessen Handlungen den Erfordernissen nicht entsprechen, welche man an die Handlungsweise eines rechtlichen Mannes in gleicher Lage zu stellen hat — also ein objektiver Maßstab — wobei in Betracht gezogen werden muß, daß vielleicht eine Verkehrssitte besteht.

Da, wie oben dargelegt, erst beim Fehlen jeder Gefahr für ihn selbst, eine Verpflichtung zur Verweigerung der Leistung für den Aussteller bestehen kann, erscheint es nicht ganz richtig, ihm diese Verpflichtung schon beim Vorhandensein liquider Beweismittel aufzuerlegen.[1]) Denn häufig wird ja beim Vorhandensein solcher Beweismittel keinerlei Gefahr für den Aussteller bestehen, doch braucht dies nicht immer der Fall zu sein.

Daher können wir uns nicht mit den Ausführungen Thöls[2]) einverstanden erklären, der übrigens mit seiner Ansicht allein steht. Thöl meint, der Aussteller sei nicht verpflichtet, das Interesse des

---

[1]) Dies wollen Cordes, a. a. O., S. 86; Staudinger, a. a. O., S. 1331; Stobbe, a. a. O., S. 208; Oertmann, a. a. O., S. 523; Goldschmidt in seiner Zeitschr., Bd. 8, S. 325, Bd. 9, S. 62, tun. Dagegen im Sinne des Textes noch Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 801.

[2]) Thöl, Handelsrecht. Bd. I, S. 692.

wahren Gläubigers wahrzunehmen, wenn der Aussteller die Legitimation des Inhabers auf seine eigene Gefahr bestreiten soll. Denn gerade den Schwierigkeiten und der Gefahr der Legitimationsprüfung soll ja der Aussteller überhoben sein. Er sei aber dann verpflichtet, die Legitimation des Inhabers zu bestreiten und die Leistung zu verweigern, wenn ein Anderer, z. B. der wahre Gläubiger, dies von ihm verlange mit dem Erbieten, die Gefahr und Verantwortlichkeit auf sich nehmen zu wollen, und unter genügender Sicherstellung wegen Erfüllung dieses Versprechens.

Wir werden mit Brunner[1]) dagegen einwenden müssen, daß der Aussteller nicht verpflichtet ist, die Legitimation des Inhabers zu bestreiten, sondern nur die Pflicht hat, den dahin gehenden Auftrag des Dritten im eigenen Namen auszuführen, wenn er seinerseits die Überzeugung hat, daß der Inhaber auf unredliche Weise in den Besitz des Papiers gelangt ist. Aber auch diese Pflicht, für das Recht des Dritten einzutreten, ist für den Dritten selbst von wenig Nutzen, wenn der Aussteller nicht zugleich das Recht und die Pflicht hat, das von dem unredlichen Erwerber präsentierte Papier z. B. durch Verabfolgung einer entsprechenden Bescheinigung, ohne zu leisten, zurückzuhalten. Denn sonst könnte der präsentierende Inhaber, wenn ihm die Leistung durch den Aussteller verweigert worden ist, ohne Schwierigkeit in der Regel das Papier an einen Anderen bringen, dem der böse Glaube fehlt oder nicht nachgewiesen werden kann. Allein eine Befugnis des Ausstellers, das Papier ohne Leistung zurückzuhalten, läßt sich ohne weiteres aus der Natur des Inhaberpapiers nicht konstruieren, solange eine dahingehende positive Rechtsvorschrift nicht besteht.

§ 6.

Erwerb des Eigentums an der Urkunde durch den Aussteller nach bewirkter Leistung.

Es fragt sich nun, in welchem Verhältnis die Bestimmungen der beiden §§ 793 Abs. 1, Satz 2 und 797, Satz 2, zu einander stehen. Es bleibt auch hier zu berücksichtigen, daß die Forderung das Prinzipale ist, um dessentwillen die Urkunde da ist. Daher wird man die Bestimmungen dieser beiden Paragraphen nur in gleicher Weise auslegen dürfen und in § 797 B.G.B. eine Ausnahme von dem in § 932 B.G.B.

---

[1]) a. a. O., S. 212 ff.

statuierten Prinzip sehen müssen. Staudinger [1]) meint zwar, daß hierin keine Ausnahme von dem sachenrechtlichen Prinzipe der §§ 932, 935 B.G.B. zu erblicken sei; damit kommt er aber in Widerspruch zu seiner Ansicht, daß der Aussteller immer frei werde, auch wenn er trotz Kenntnis des Mangels der Berechtigung des Inhabers geleistet habe. Denn da der Aussteller sich zur Zeit der Übergabe des Papiers nicht in gutem Glauben befunden hat, ist er auch durch die Übergabe der Urkunde nicht Eigentümer geworden. Und wenn dann der Eigentümer von ihm durch die Eigentums- oder Besitzklage die Herausgabe erzwingt, so müßte die vorher erloschene Forderung wieder von Neuem in der Person des Eigentümers entstehen.

Das dürfte doch wohl nicht der Sinn des Gesetzes sein, auch verdient die Erwägung Berücksichtigung, daß die Bestimmung über die Eigentumsverhältnisse an einem Schuldschein und sonstigen Rechtsurkunden im Sachenrecht (§ 952 B.G.B.) und nicht im Obligationenrecht Aufnahme gefunden hat.

Man wird daher wohl die Urkunde nicht anders als sonst behandeln dürfen und beim Untergang der Forderung durch Leistung seitens des Ausstellers ihm auch den Erwerb des Eigentums an der Urkunde zusprechen müssen. Nur in den Fällen, wo der Aussteller trotz seiner Leistung nicht frei wird, wird man auch einen Eigentumserwerb durch den Aussteller mit Rücksicht auf seinen bösen Glauben nicht zulassen dürfen. In diesem Sinne sagt auch Crome: [2]) „Wir werden den Fall streng im Anschluß an das oben Note 27 Gesagte (— über die Befreiung des Ausstellers bei Kenntnis der Nichtberechtigung —) zu entscheiden haben. Soweit der Aussteller danach dem bloßen Inhaber leisten darf, erwirbt er auch unwiderruflich an der dagegen ausgehändigten Urkunde das Eigentum. Darüber hinaus kann ihm das Papier vom wahren Berechtigten wieder abverlangt werden, wie dieser überhaupt die erfolgte Zahlung nicht gegen sich gelten zu lassen braucht.“ Wegen der wechselseitigen Beziehungen, die zwischen § 793 und § 797 bestehen, kann man auch nicht den letzteren Paragraphen zur Auslegung des ersteren heranziehen, wie dies Goldmann-Lilienthal [3]) tut.

---

[1]) a. a. O., S. 1342.

[2]) a. a. O., S. 949, Nr. 40.

[3]) a. a. O., S. 850.

III. Die Möglichkeit einer Schadensersatzpflicht des Ausstellers gegenüber dem Gläubiger aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen.

§ 7.

Haftung aus § 823 B.G.B.

Wir haben im vorigen Teile gesehen, daß die Willensgestaltung des Ausstellers — von Fahrlässigkeit abgesehen — ohne Einfluß auf seine Haftung aus der Obligation ist. Es ist noch zu untersuchen, ob eine vorsätzliche Verletzung seiner Pflichten vielleicht den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen unterworfen ist.

Dem römischen und gemeinen Recht folgend hat das B.G.B. keinen allgemeinen Begriff der unerlaubten Handlung aufgestellt, sondern hat sich darauf beschränkt, im 25. Titel eine Anzahl typischer Delikte und deren Rechtsfolgen zu behandeln. Die Verletzung eines Forderungsrechts, als die sich die Leistung an den Vorzeiger darstellt, dessen mangelnde Verfügungsbefugnis der Aussteller kennt, ist unter diesen Delikten nicht genannt.

Es wird sich daher zunächst fragen, ob mit den Worten des Absatz 1, § 823: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben ..... das Eigentum oder ein sonstiges Recht ..... verletzt" auch Forderungsrecht zu verstehen sind.[1]) Von vornherein wird anscheinend kein Grund vorhanden sein, die obligatorischen Rechte als nicht unter die Worte „oder ein sonstiges Recht" fallend auszuschließen. Wir werden jedoch bei näherer Betrachtung zu der Überzeugung gelangen müssen, daß unter diesen „sonstigen Rechten" Forderungsrechte nicht inbegriffen sind. Liszt[2]) vertritt den extremen Standpunkt, indem er § 823,

---

[1]) O. Chr. Fischer, Verletzung der Gläubigerrechte, S. 68, 69.

[2]) von Liszt, Deliktsobligationen, S. 26.

Abs. 1 auf jedes irgendwie rechtlich geschützte Interesse bezieht und „Recht" im Sinne des § 823, Abs. 1 und „Rechtsgut" im Sinne der herrschenden strafrechtlichen Ausdrucksweise für identische Begriffe erklärt.

Auch Cosack[1]) steht auf einem ähnlichen Standpunkt. Er teilt die in § 823 Abs. 1 aufgeführten Rechtsgüter in zwei Klassen: Auf der einen Seite stehen „Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit", auf der anderen das „Eigentum und die sonstigen Rechte". Daraus schließt er, daß unter den „sonstigen Rechten" nur Privatrechte zu verstehen sind. Ohne nähere Begründung faßt er dann sämtliche Privatrechte, auch die Forderungsrechte, unter den Begriff „sonstige Rechte" zusammen.

Diese Auffassung entspricht aber weder der geschichtlichen Entwicklung noch der sonst in der Wissenschaft herrschenden Ansicht, die unter den „sonstigen Rechten" nur absolute Rechte versteht.

Denn in der Verletzung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis liegt zwar ohne Zweifel eine widerrechtliche Handlung; aus einem Schuldverhältnis entsteht aber ein Recht gegen den Schuldner. Infolgedessen kann auch nur der Schuldner dieses Recht aus dem Schuldverhältnisse verletzen. Auf eine derartige Rechtsverletzung finden aber garnicht die Vorschriften über die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen Anwendung, vielmehr sind die durch das Schuldverhältnis begründeten Verpflichtungen nur Verpflichtungen aus dem bestehenden Schuldverhältnis selbst, auf die die Deliktshandlung erschwerend einwirkt.[2])

Überhaupt sind die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen von den Schuldverhältnissen, die auf Verträgen oder sonstigen Gründen beruhen, streng zu scheiden. Denn das entspricht sowohl der geschichtlichen Entwicklung wie der herrschenden Auffassung. Auch will offenbar das Gesetz selbst an dieser Trennung festhalten.[3]) In diesem Sinne sagen die Motive,[4]) daß die Verletzung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnisse überhaupt nicht Gegenstand der Vorschriften über unerlaubte Handlungen sein kann.

---

[1]) a. a. O., § 163, I, 1 a.

[2]) O. Chr. Fischer, a. a. O., S. 64; Neumann, B.G.B. Note B, Anm. V, 2 zu § 823; Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, S. 289.

[3]) Planck, a. a. O., Vorbemerkung 4 zum 25. Titel.

[4]) Bd. II, S. 727.

Ebenso läßt sich aus der Terminologie des B.G.B. der Schluß ziehen, daß das Gesetz unter den „sonstigen Rechten" nicht auch obligatorische Rechte verstanden haben will; denn sonst wäre das im Gesetz besonders zum Ausdruck gebracht worden. (Vergl. §§ 365 und 413 B.G.B., wo von „Forderungen" und „anderen Rechten", sowie § 437 B.G.B., wo von „Forderungen" und „sonstigen Rechten" die Rede ist.[1])

Es wird also dem Gläubiger, dessen Gläubigerrecht durch die wissentliche Leistung an einen materiell nicht Legitimierten verletzt wird, ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 gegen den Aussteller nicht gegeben sein.

Es fragt sich weiter, ob durch eine derartige Leistung der Tatbestand des § 823 Abs. 2 erfüllt ist.

§ 823 besagt: „Die gleiche Verpflichtung — also den Ersatz des aus der schädigenden Handlung entstandenen Schadens — trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt."

Welche Gesetze als Schutzgesetze im Sinne der obigen Vorschrift anzusehen sind, drückt das Gesetz nicht besonders aus und so gehen die Ansichten über den Begriff auseinander. Jedenfalls — und auf diesem Standpunkt stehen sowohl die Protokolle als auch wohl die gesamte Literatur,[2]) fallen unter den Begriff des Schutzgesetzes im Sinne von § 823 Abs. 2 der größte Teil der Bestimmungen des Strafgesetzbuches, vor allem §§ 257, 259 St.G.B., also Bestimmungen, welche sich gegen die Verletzung der Rechte und Rechtsgüter eines anderen richten.[3]) Und gerade diese beiden Bestimmungen kommen besonders für den vorliegenden Fall in Betracht.[4])

Denn es ist die Möglichkeit vorhanden, daß der Aussteller bei Kenntnis der mangelnden Verfügungsbefugnis des Inhabers diesem den Vorteil aus dem auf unredliche Weise erworbenen Papier hat verschaffen wollen — er macht sich dann der Begünstigung schuldig und

[1]) Vergl. auch R.G.E. Bd. 57, S. 355 ff.

[2]) Protokolle, Bd. II, S. 572; Planck, a. a. O., Anm. III, 2 a zu § 823; Linkelmann, a. a. O., S. 27; Staudinger, a. a. O., III, A 2 zu § 823; Liszt, a. a. O., S. 31 u. a. m.

[3]) Planck, a. a. O.; Detmold, Begriff des Schutzgesetzes, S. 328 ff.

[4]) Protokolle, Bd. II, S. 536; VI, 210; Planck, a. a. O., Anm. 3 c zu § 793; Staudinger, a. a. O., Anm. III A, 2 c zu § 823 R.G.E., im „Recht" 1908, S. 265 ff.

verstößt gegen 257 St.G.B. — oder er wollte sich selbst einen Vorteil dadurch verschaffen, daß er durch die Leistung an den Inhaber die Urkunde an sich bringt, während der Inhaber vielleicht sich nur mit einem Teile der Leistung begnügt. Er würde dann also gegen § 259 St.G.B. verstoßen. In diesen beiden Fällen macht sich also der Aussteller durch die Verletzung eines den Schutz des Gläubigers bezweckenden Gesetzes aus § 823 Abs. 2 B.G.B. schadensersatzpflichtig.

§ 8.

Haftung aus § 826 B.G.B.

Eine weitere Möglichkeit einer Schadensersatzpflicht des Ausstellers besteht nach § 826 B.G.B. Vorerst sei die Ansicht Plancks dargelegt, nach der dem Geschädigten unter gewissen Voraussetzungen ein Schadensersatzanspruch nicht schon gegeben ist, wenn der Tatbestand des § 826 B.G.B. erfüllt ist.

Er behauptet, daß wenn durch eine Handlung, die nicht kraft der allgemeinen Freiheit, sondern in Ausübung eines besonderen Rechts vorgenommen wird, einem anderen ein Schaden entsteht, stets eine Verletzung des Chikaneverbotes (§ 226 B.G.B.) notwendig ist, um eine Schadensersatzpflicht zu begründen.[1]) Denn die rechtlich zulässige Ausübung eines Rechtes könne nicht zugleich unerlaubt sein. § 226 bestimme nicht, daß die Ausübung eines Rechtes unzulässig sei, wenn dadurch in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt wird, sondern nur, daß die Ausübung eines Rechtes unzulässig sei, wenn sie n u r den Zweck haben könne, einen anderen zu schädigen.[2])

Wenn also eine schädigende Handlung kraft der allgemeinen Freiheit vorgenommen wird, so genügt es, daß diese Handlung gegen die guten Sitten verstößt, wird sie daher in Ausübung eines besonderen Rechtes vorgenommen, so muß festgestellt sein, daß sie nur den Zweck haben kann, dem anderen Schaden zuzufügen. Dann erst wird eine Schadensersatzpflicht begründet.[3])

---

[1]) P l a n c k , a. a. O., Anm. 2 c, zu § 826, ebenso F u l d , in Bl. f. Rechtsanw. Bd. 63, S. 504 ff.

[2]) P l a n c k , a. a. O., Erläuterung 1 zu § 226.

[3]) Vergl. P l a n c k in D.J.Z. von 1907, S. 7, 8; ders. a. a. O.; ebenso F u l d , a. a. O.; siehe ferner über diese Ansicht bei S t a u d i n g e r , a. a. O., Anm. 6 zu § 826 und R.G.E., Bd. 58, S. 216.

Planck will auch gerade in Durchführung dieser seiner Ansicht in unserem Falle den Aussteller nur dann schadensersatzpflichtig machen, wenn der Aussteller nicht nur vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise den Gläubiger schädigt, sondern er verlangt, daß in der Leistung an den unberechtigten Vorzeiger zugleich ein Verstoß gegen § 226 B.G.B. liegt, wenn also die Leistung durch den Aussteller nur den Zweck haben konnte, den Gläubiger zu schädigen.[1])

Nach Plancks Ansicht würde ja anderenfalls § 826 B.G.B. kaum zur Anwendung kommen können, da man annehmen müßte, daß der Aussteller immerhin in der Absicht geleistet haben könne, sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Außerdem liegt in der Kenntnis der mangelnden Verfügungsbefugnis des Vorzeigers durchaus noch kein Verstoß gegen die guten Sitten, da die Möglichkeit vorhanden ist, daß der Aussteller diesen Mangel nur nicht beweisen kann und daher leistet, um sich den Weiterungen, die sich aus der Beweispflicht ergeben, zu entziehen.

Dieser Ansicht steht die gesamte Literatur entgegen und auch das Reichsgericht hat sich in ständiger Judikatur auf einen anderen Standpunkt gestellt.[2])

Daß die schikanöse Rechtsausübung schadensersatzpflichtig macht, ergibt sich bei Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 aufgeführten Rechtsgüter oder Rechte aus der Vorschrift des § 823 Abs. 1 selbst. Anderenfalls tritt die Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 ein, da sich zweifellos § 226 B.G.B. als ein Schutzgesetz im Sinne dieser Vorschrift darstellt.[3])

Die Bedenken, daß nicht dieselbe Handlung bald erlaubt, weil sie den nach § 226 B.G.B. zulässigen Rahmen der Rechtsausübung nicht überschreitet, bald unerlaubt sein kann, weil durch sie nach § 826 B.G.B. eine Schadensersatzpflicht begründet wird, werden durch die Erwägung beseitigt, daß nach § 826 gewisse Handlungen zwar schadensersatzpflichtig machen, keineswegs aber dadurch zu rechtswidrigen werden.[4])

---

[1]) Planck, a. a. O., Anm. 3 c zu § 793.

[2]) R.G.E. besonders Bd. 58, S. 216, siehe ferner Bd. 48, S. 134, Bd. 51, S. 383, Bd. 55, S. 372, Bd. 56, S. 277.

[3]) Vergl. Staudinger, a. a. O., Anm. 6 zu § 826; Oertmann, in D.J.Z. Jahrg. 1903, S. 326; Neumann, a. a. O., Nr. 6 zu § 826.

[4]) Vergl. Oertmann, a. a. O., S. 326.

Es ist also nicht richtig, wenn Planck sagt, daß die Rechtsausübung unter den Voraussetzungen von § 826 B.G.B., unzulässig, die Handlung also widerrechtlich ist; denn wann eine Rechtsausübung unzulässig ist, bestimmt ausschließlich § 826 B.G.B. Wenn auch die Rechtsausübung im Falle des § 826 zu einer unerlaubten Handlung im Sinne des B.G.B. wird, so wird sie dadurch noch nicht zugleich eine widerrechtliche Handlung. Sondern diese Rechtsausübung im Falle des § 826 B.G.B. ist, wenn nicht gleichzeitig ein Verstoß gegen § 226 B.G.B. vorliegt, durchaus rechtmäßig, nur tritt dann aus dieser vorsätzlichen rechtmäßigen Handlung eine Schadensersatzpflicht ein. Es wäre also z. B. Notwehr gegen eine solche Handlung nicht gestattet. (§ 227 B.G.B.) [1])

Es wird also zur Begründung einer Schadensersatzpflicht gemäß § 826 nur nötig sein, daß der Aussteller vorsätzlich handelt und gegen die guten Sitten verstößt.

Vorsätzliches Handeln ist die Vornahme einer Handlung mit dem Bewußtsein, daß dadurch der andere geschädigt werden könne.[2]) Es ist nicht notwendig, daß der Schaden den Zweck der Handlung gebildet, der Schuldner also den animus nocendi gehabt hat.[3])

Der Beschädiger ist also noch keineswegs schadensersatzpflichtig, wenn er absichtlich gegen die guten Sitten verstößt und dadurch Schaden verursacht, sondern er muß zugleich den Eintritt von Schaden als Folge seiner Handlungsweise vorausgesehen haben.[4])

Es dürfte nach dem Gesagten wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Aussteller vorsätzlich handelt, wenn er wissentlich an den unberechtigten Vorzeiger leistet; denn daß der Aussteller das Bewußtsein hat, durch die Leistung das Recht des wahren Gläubigers zu verletzen, und ihn dadurch zu schädigen, dürfte kaum zu bestreiten sein.

Es wird nun nur noch der Nachweis zu erbringen sein, daß in der Leistung an den nicht berechtigten Inhaber ein Verstoß gegen die

---

[1]) Goldmann-Lilienthal, a. a. O. § 231, Anm. 31; Crome, a. a. O. § 330, Anm. 11; Endemann, a. a. O. § 393, I, 1; vergl. auch Oertmann, Bem. 3 b zu § 826, der nur in Betreff der Notwehr anderer Meinung ist.

[2]) Vergl. Staudinger, Anm. 3 b zu § 826, R.G.E. Bd. 57, S. 241, Bd. 58, S. 216, 397, Bd. 62, S. 139, Bd. 63, S. 148.

[3]) Vergl. statt Andr. Goldmann-Lilienthal, § 33, 3 a.

[4]) Vergl. Schollmeyer, a. a. O., § 14, II, 2.

guten Sitten enthalten ist, um den Tatbestand des § 826 B.G.B. als erfüllt anzusehen und dem Gläubiger aus dieser Vorschrift einen Schadensersatzanspruch einzuräumen. Denn daß dem Gläubiger ein Schaden entsteht und daß dieser Schaden durch die unerlaubte Handlung hervorgerufen ist, ist klar.

Die Frage nach einem Verstoß gegen die guten Sitten im vorliegenden Falle wird nur unter Berücksichtigung aller Umstände im einzelnen Falle zu entscheiden sein.[1])

Der Begriff der guten Sitten ist kein absolut und für alle Zeiten feststehender, sondern war immer dem Wandel der Zeiten und der Anschauung unterworfen. Für den Richter sind die jeweiligen Anschauungen des sozialen Kreises maßgebend, innerhalb dessen die Handlung vorgenommen ist.[2]) Im allgemeinen wird man aber die Handlungen als gegen die guten Sitten verstoßend ansehen, die nach dem durchschnittlichen Gesamtbewußtsein des Volkes als unsittlich gelten.[3])

Auch das Reichsgericht hat wiederholt betont, daß bei der Entscheidung der Frage, ob eine Handlung gegen die guten Sitten verstoße, ein durchschnittlicher Maßstab anzulegen sei. Man wird auch dabei in Betracht ziehen müssen, ob die schädigende Handlung kraft der allgemeinen Freiheit oder in Ausübung eines besonderen Rechtes vorgenommen wird. Denn an sich besteht keine sittliche Pflicht, ein Recht nicht auszuüben, weil dadurch einem anderen Schaden zugefügt wird, also das eigene berechtigte Interesse dem Interesse eines Anderen nachzusetzen. Es müssen aber besondere Umstände vorhanden sein, durch die die Handlung zu einer gegen die guten Sitten verstoßenden gestempelt wird.[4])

In unserem Falle werden wir ohne weiteres in der Leistung des Ausstellers an den unberechtigten Vorzeiger eine unsittliche Handlung erblicken müssen, da ja der Aussteller, wie oben ausführlich dargetan

---

[1]) Vergl. Staudinger, a. a. O. Anm. V, 4 zu § 793; Planck, a. a. O., Anm 3 c zu § 739 u. a. m.

[2]) Vergl. Staudinger, Bd. I, Bem. 2 zu § 138, Bd. II, Bem. 3 c zu § 826.

[3]) Planck, a. a. O, II c zu § 826; Dernburg, a. a. O. § 393, II, 2; Enneccerus-Lehmann, § 363, 2; Goldmann-Lilienthal, a. a. O. § 251, S. 888; Endemann, a. a. O., S. 602.

[4]) Vergl. statt anderer R.G.E. Bd. 58, S. 217.

ist, nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht hat, die Leistung zu verweigern, vorausgesetzt, daß er weiß und ohne Mühe beweisen kann, daß der Inhaber ein Recht, über das Papier zu verfügen, nicht besitzt. Auch ein Teil der Literatur steht auf diesem Standpunkt und sieht in der Leistung des Ausstellers einen Verstoß gegen die guten Sitten.[1])

Man wird also in unserem Falle dem Gläubiger einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Aussteller gemäß § 826 B.G.B. zu gestehen müssen.

---

[1]) Oertmann, a. a. O. Nr. 4 zu § 793; Dernburg, a. a. O., S. 343; Goldschmidt, in seiner Zeitschr. Bd. 9, S. 62; Strohal, in Iher. Jahrb. Bd. 33, S. 378.

IV. Schluß.

§ 9.

Die „Anspruchskonkurrenz".

Es bedarf zum Schlusse noch der Feststellung, in welchem Verhältnis der Anspruch aus der unerlaubten Handlung zu dem Anspruch aus der Verletzung der dem Aussteller als Schuldner obliegenden Verpflichtung steht. Das Verhältnis der vertraglichen zur deliktischen Haftung hat sich nach B.G.B. gegenüber dem römischen Recht wesentlich geändert. Das römische Recht gab für einen bestimmten Tatbestand eine bestimmte actio und schied dabei streng die actiones ex contractu von den actiones ex delicto. So war es möglich, daß aus einem Tatbestand, auf den sich die Bestimmungen sowohl des Vertragsrechtes als auch des Deliktsrechtes anwenden ließen, zwei actiones gegeben waren, eine actio ex contractu und eine actio ex delicto, die miteinander konkurrierten.[1])

Der römisch-rechtlichen Bezeichnung dieses Verhältnisses der Aktionen, dem concursus actionum, folgend haben wir den Ausdruck „Anspruchskonkurrenz" geprägt.[2]) In materiell-rechtlicher Beziehung besteht jedoch gegenüber dem römischen Recht heute der Unterschied, daß nach B.G.B. der Grundsatz aufzustellen ist, derselbe Tatbestand erzeuge auch nur einen Anspruch.[3])

Es wird also dem Gläubiger, dessen Recht nach verschiedenen Vorschriften des Gesetzes verletzt ist, nur ein Anspruch gegeben Zwar gibt jede der verletzten Vorschriften dem Gläubiger das Recht,

---

[1]) O. Chr. Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts, S. 106.

[2]) Liszt, a. a. O., S. 13; Dernburg, a. a. O, S. 139; Endemann, a. a. O., S. 1250, und Bd. I, S. 419.

[3]) Vergl. Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 98.

sich an den Schuldner zu halten, aber diese Berechtigungen sind sowohl dem Inhalte, als auch dem Entstehungsgrunde nach gleich; materiell hat der Gläubiger also nur einen einzigen Anspruch, dessen Begründung aber nach den verschiedenen verletzten Gesetzesvorschriften erfolgen kann.

Es werden also nicht durch die Möglichkeit der verschiedenartigen Begründung verschiedene Ansprüche gegeben, sondern man muß hier Anspruchskonkurrenz von der Konkurrenz der Begründungsmöglichkeiten scheiden.

Gesetzt also den Fall, der Gläubiger sieht in der schädigenden Handlung des Schuldners von vornherein nur eine Vertragsverletzung, und stützt darauf seinen Anspruch, erkennt aber später, daß ihm zugleich durch diese Handlung ein Anspruch auf Schadensersatz nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen gegeben ist, so würde das an dem zugrunde liegenden Tatbestande nichts ändern, da wesentlich und entscheidend nur die Höhe und Art der Forderung, nicht aber die Art der Begründung ist.[1]) Es werden also prinzipiell durch die Anwendung verschiedener Gesetzes-Vorschriften auf einen Tatbestand nicht mehrere Ansprüche gegeben, sondern nur ein Anspruch, dessen Begründung dem Gläubiger in mehrfacher Weise möglich ist.[2])

---

[1]) O. Chr. Fischer, a. a. O., S. 107.
[2]) O. Chr. Fischer, a. a. O., S. 100.

Lebenslauf.

Geboren am 5. März 1887 zu Kattowitz O.-S. als Sohn des Verwaltungsdirektors August Gebhardt und seiner Ehefrau Clara geb. Scharff, besuchte ich von Ostern 1893 bis 1896 in meiner Vaterstadt die städtische Knabenmittelschule, alsdann das Kgl. Gymnasium, das ich Ostern 1905 mit dem Reifezeugnis verließ. Von 1905 bis 1909 besuchte ich die Universitäten Heidelberg, Berlin und Breslau zum Zwecke des Studiums der Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 22. November 1909 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung beim Kgl. Oberlandesgericht in Breslau.

Im Dezember 1909 zum Referendar ernannt, bin ich gegenwärtig beim Kgl. Amtsgericht in Königshütte im Vorbereitungsdienst tätig.